Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Тем, что эта книга дошла до Вас, мы обязаны в первую очередь библиотекарям, которые долгие годы бережно хранили её. Сотрудники Google оцифровали её в рамках проекта, цель которого – сделать книги со всего мира доступными через Интернет.

Эта книга находится в общественном достоянии. В общих чертах, юридически, книга передаётся в общественное достояние, когда истекает срок действия имущественных авторских прав на неё, а также если правообладатель сам передал её в общественное достояние или не заявил на неё авторских прав. Такие книги – это ключ к прошлому, к сокровищам нашей истории и культуры, и к знаниям, которые зачастую нигде больше не найдёшь.

В этой цифровой копии мы оставили без изменений все рукописные пометки, которые были в оригинальном издании. Пускай они будут напоминанием о всех тех руках, через которые прошла эта книга – автора, издателя, библиотекаря и предыдущих читателей – чтобы наконец попасть в Ваши.

Правила пользования
Мы гордимся нашим сотрудничеством с библиотеками, в рамках которого мы оцифровываем книги в общественном достоянии и делаем их доступными для всех. Эти книги принадлежат всему человечеству, а мы – лишь их хранители. Тем не менее, оцифровка книг и поддержка этого проекта стоят немало, и поэтому, чтобы и в дальнейшем предоставлять этот ресурс, мы предприняли некоторые меры, чтобы предотвратить коммерческое использование этих книг. Одна из них – это технические ограничения на автоматические запросы.

Мы также просим Вас:

- **Не использовать файлы в коммерческих целях.** Мы разработали программу Поиска по книгам Google для всех пользователей, поэтому, пожалуйста, используйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.
- **Не отправлять автоматические запросы.** Не отправляйте в систему Google автоматические запросы любого рода. Если Вам требуется доступ к большим объёмам текстов для исследований в области машинного перевода, оптического распознавания текста, или в других похожих целях, свяжитесь с нами. Для этих целей мы настоятельно рекомендуем использовать исключительно материалы в общественном достоянии.
- **Не удалять логотипы и другие атрибуты Google из файлов.** Изображения в каждом файле помечены логотипами Google для того, чтобы рассказать читателям о нашем проекте и помочь им найти дополнительные материалы. Не удаляйте их.
- **Соблюдать законы Вашей и других стран.** В конечном итоге, именно Вы несёте полную ответственность за Ваши действия – поэтому, пожалуйста, убедитесь, что Вы не нарушаете соответствующие законы Вашей или других стран. Имейте в виду, что даже если книга более не находится под защитой авторских прав в США, то это ещё совсем не значит, что её можно распространять в других странах. К сожалению, законодательство в сфере интеллектуальной собственности очень разнообразно, и не существует универсального способа определить, как разрешено использовать книгу в конкретной стране. Не рассчитывайте на то, что если книга появилась в поиске по книгам Google, то её можно использовать где и как угодно. Наказание за нарушение авторских прав может оказаться очень серьёзным.

О программе
Наша миссия – организовать информацию во всём мире и сделать её доступной и полезной для всех. Поиск по книгам Google помогает пользователям найти книги со всего света, а авторам и издателям – новых читателей. Чтобы произвести поиск по этой книге в полнотекстовом режиме, откройте страницу `http://books.google.com`.

THE
UNIVERSITY
OF CHICAGO
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

оф 58/891

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

АЛЕКСАНД
В - ЮРИД. ИН
ШИФРА
№

1913 г.

КНИГА IV.

Москва.

Digitized by Google

Digitized by Google

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

ЖУРНАЛЪ

МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА,

ИЗДАВАЕМЫЙ ПРИ СОДѢЙСТВІИ

С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА и ОБЩЕСТВА ИМЕНИ А. И. ЧУПРОВА ДЛЯ РАЗРАБОТКИ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ НАУКЪ

ПОДЪ ОБЩЕЙ РЕДАКЦІЕЙ

Б. А. Кистяковскаго.

БЛИЖАЙШЕЕ УЧАСТІЕ ВЪ РЕДАКЦІИ ПРИНИМАЮТЪ:

А. С. Алексѣевъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ, Н. М. Ждановъ, И. А. Кистяковскій, М. М. Ковалевскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ, Н. Н. Полянскій и М. П. Чубинскій.

Книга IV.

МОСКВА, 1913.

Digitized by Google

H 8
.I.991
no.4

Типографія Г. Лисснера и Д. Совко.
Москва, Воздвиженка, Крестовоздвиж. пер., д. 9.

Digitized by Google

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стран.

Н. Н. Алексѣевъ. Основныя философскія предпосылки психологической теоріи права Л. І. Петражицкаго 5

Бар. С. А. Корфъ. Конституція Невшателя 1814 года 24

Б. Е. Шацкій. Конституціонный кризисъ въ Соединенныхъ Штатахъ . . 41

А. М. Кулишеръ. Защита субъективныхъ публичныхъ правъ посредствомъ иска 78

Б. П. Базилевъ. Тѣлесныя наказанія по русскому дѣйствующему праву 124

П. И. Бѣляевъ. Слѣды первобытныхъ представителей о природѣ и человѣкѣ въ исторіи гражданскаго права 168

С. Е. Сабининъ. Къ вопросу о значеніи юриспруденціи въ римскомъ правѣ 200

А. В. Завадскій. Петръ Павловичъ Цитовичъ. (Краткая характеристика его научной дѣятельности) 207

С. А. Котляревскій. Нѣсколько словъ памяти гр. Л. А. Камаровскаго . 222

А. Н. Нерсесовъ. Профессоръ гр. Л. А. Камаровскій какъ интернаціоналистъ. (Къ годовщинѣ смерти) 224

Юридическое Обозрѣніе.

А. В. Завадскій. Къ юридической сторонѣ спора между графинями А. Л. и С. А. Толстыми о рукописяхъ Л. Н. Толстого . . 231

О. Измаильская. Къ вопросу о сервитутныхъ отношеніяхъ въ Закавказскомъ краѣ 247

Кн. К. Н. Кекуатовъ. Земскія товарищества по закону 1906 года . 253

И. З. Штейнбергъ. Обзоръ иностранной юридической жизни . . . 266

Матеріалы.

Отъ редакціи 275

Матеріалы по примѣненію нормъ аграрнаго законодательства . . 275

Литературное Обозрѣніе.

Г. Ф. Шершеневичъ. Общая теорія права. *Б. А. Кистяковскаго* 281

Г. И. Ивановъ. Психологическая теорія права въ критической литературѣ. *В. Я. Гинцберга* 289

Проф. І. А. Покровскій. Исторія римскаго права. *С. Е. Сабинина*. . . . 292

Ю. Готье. Исторія областного управленія въ Россіи отъ Петра I до Екатерины II. *Б. И. Сыромятникова* 294

Питиримъ Сорокинъ. Преступленіе и кара, подвигъ и награда. *Т. Райнова* 298

Digitized by Google

Стран.

I. Гольденбергъ. Реформа тѣлесныхъ наказаній. *Б. П. Базилева* . . . 303
П. В. Поповичъ. Пріобрѣтательная давность. *А. В. Завадскаго* 306
Проф. Т. М. Яблочковъ. Новѣйшія узаконенія. *А. В. Завадскаго* 310
Законы гражданскіе. Практическій и теоретическій комментарій. Подъ редакціей А. Э. Вормса и В. Б. Ельяшевича. *Т. М. Яблочкова* . . 311
Проф. А. Х. Гольмстенъ. Юридическія изслѣдованія и статьи. *В. М. Гордона* 318
Приложеніе. Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ 327

Digitized by Google

Основныя философскія предпосылки психологической теоріи права Л. І. Петражицкаго.

Послѣ цѣлаго ряда блестящихъ выступленій противниковъ психологической теоріи права для человѣка, не раздѣляющаго основныхъ воззрѣній этой теоріи, остается одно: ждать момента, когда ея сторонники соберутся съ силами, чтобы дать надлежащій отвѣтъ на разнообразную и нерѣдко безпощадную критику ихъ воззрѣній[1]). Если я, тѣмъ не менѣе, рѣшаюсь посвятить нѣсколько страницъ критикѣ этой теоріи, я дѣлаю это не вслѣдствіе расхожденія съ моими предшественниками. Какъ обычно бываетъ, индивидуальный уклонъ мысли указываетъ, что въ психологической теоріи права не вскрыты еще нѣкоторыя и притомъ очень существенныя стороны. Думается, что вскрытіе этихъ сторонъ еще болѣе поможетъ выясненію предмета и освѣтитъ нѣкоторыя темныя проблемы современной философіи права.

I.

Я позволю себѣ сначала остановиться на характеристикѣ нѣкоторыхъ философскихъ предпосылокъ юридической теоріи Л. І. Петражицкаго. Предпосылки эти далеко не выяснены въ критической литературѣ, но пониманіе ихъ даетъ весьма много для опредѣленія научной и философской цѣнности новой попытки реформировать юриспруденцію.

Центральнымъ пунктомъ теоріи Л. І. Петражицкаго нужно считать ученіе о сферѣ нахожденія правовыхъ явленій. По мнѣнію почтеннаго профессора, основное заблужденіе всей современной юриспруденціи заключается въ томъ, что она ищетъ свой объектъ совсѣмъ

---

[1]) Кромѣ старыхъ статей Б. Н. Чичерина и кн. Е. Н. Трубецкого ср. интереснѣйшую полемику Б. А. Кистяковскаго (Реальность объективнаго права, «Логосъ», 1910 г., кн. 2-я) и блестящую статью П. И. Новгородцева на страницахъ этого журнала. Ср. также не менѣе интересный анализъ теоріи Л. І. Петражицкаго въ статьѣ Б. Я. Гинзберга. Вопросъ фил. и псих. за 1909 г.

Digitized by Google

не тамъ, гдѣ онъ имѣется[1]). «Содержаніе науки о правѣ, постановки и попытки рѣшенія ея проблемъ опредѣляется оптическимъ обманомъ, который состоитъ въ томъ, что она не видитъ правовыхъ явленій тамъ, гдѣ они дѣйствительно происходятъ, а усматриваетъ ихъ тамъ, гдѣ ихъ на самомъ дѣлѣ совсѣмъ нѣтъ и невозможно найти, наблюдать и познавать, т.-е. въ внѣшнемъ по отношенію къ переживающему правовыя явленія субъекту мірѣ»[2]). Но правовыя явленія «суть явленія не матеріальнаго, а духовнаго міра, поэтому и искать ихъ нужно въ психикѣ тѣхъ, которые переживаютъ подлежащіе психическіе процессы»[3]). Ученый юристъ долженъ искать правовой феноменъ не «гдѣ-то въ пространствѣ надъ или между людьми, въ соціальной средѣ или т. п., между тѣмъ какъ этотъ феноменъ происходитъ у него самого въ головѣ, въ его же психикѣ и только тамъ»[4]).

Эти основныя положенія психологической теоріи права уже при первомъ взглядѣ на нихъ не могутъ не возбудить ряда формальныхъ недоумѣній. Въ самомъ дѣлѣ, едва ли кто-нибудь изъ юристовъ буквально, подлинно и серьезно утверждалъ, что право лежитъ въ пространствѣ, подобно той книгѣ на столѣ. Съ другой стороны, можно быть увѣреннымъ, что если бы кто-нибудь и сталъ это утверждать, то любой человѣкъ, обладающій простымъ, здравымъ смысломъ и не читавшій ни одной философской книги, отвѣтилъ бы буквально словами почтеннаго профессора: что за абсурдъ, права никто не видѣлъ въ пространствѣ, оно находится у васъ самихъ, «въ головѣ». Конечно, это былъ бы весьма неточный отвѣтъ. Сколько бы мы не искали «въ головѣ» у людей права, мы тамъ его не найдемъ, ибо «въ головѣ» лежитъ мозгъ, нервы, сосуды, ткани а не «право».

Мнѣ скажутъ, что все это придирки и мелочи: нельзя опровергать мысль на основаніи нѣкоторой, какъ говорятъ нѣмцы, некорректности ея выраженія. Но думается, что дѣло здѣсь гораздо глубже. Дѣло идетъ о томъ, что въ основаніи психологической теоріи права лежитъ непровѣренная и неясная самому автору, догматическая предпосылка о сущности физическихъ и психическихъ объектовъ.

Л. І. Петражицкій отправляется въ своей теоріи отъ очень простой и, я бы сказалъ, менѣе всего философской истины: существуютъ предметы «физическіе», вещи въ пространствѣ, существуютъ далѣе

---

[1]) Ср. Л. І. Петражицкій. Теорія права и государства, т. II, стран. 338.
[2]) Л. І. Петражицкій. Введеніе въ изученіе права и нравственности, стран. 25.
[3]) «Теорія права» II, стран. 398.
[4]) «Введеніе», стран. 25.

Digitized by Google

предметы «психическіе», мысли въ головѣ. Физическія явленія мы наблюдаемъ посредствомъ «внѣшнихъ чувствъ»; психическія явленія даны намъ путемъ «внутренняго воспріятія». Вещи изучаетъ наука о природѣ, мысли изучаетъ наука о духѣ[1]). Право есть мысль «въ головѣ», а не вещь въ пространствѣ и т. д.

Подобное раздѣленіе явленій на физическія и психическія чрезвычайно характерно для самыхъ первоначальныхъ стадій научнаго сознанія. Сознаніе донаучное вообще еще не отличаетъ рѣзко духа отъ тѣла, для него духовное подобно пару, вылетающему изъ человѣческихъ устъ. Но первый шагъ аналитической мысли разрываетъ міръ на двѣ сущности, — на духъ и на тѣло. Это — научная истина первоначальнаго эмпиризма и позитивизма, одна изъ самыхъ оспоримыхъ и неустойчивыхъ истинъ. Научное сознаніе тотчасъ-же опровергнетъ эту истину, какъ только перейдетъ стадію первоначальной невинности. Отсюда — постоянная тенденція болѣе высокихъ и болѣе тонкихъ теорій, или разрѣшить психическое въ физическое (матеріализмъ), или, наоборотъ, физическое перенести въ психическій рядъ, сдѣлать его «представленіемъ» (субъективный идеализмъ, иллюзіонизмъ). Л. І. Петражицкому одинаково чужды обѣ эти тенденціи. Его одинаково не влечетъ ни матеріализмъ, ни иллюзіонизмъ, хотя нѣтъ сомнѣнія, что общее направленіе его идей гораздо ближе къ послѣднему, чѣмъ къ первому.

Во всякомъ случаѣ психологизмъ Л. І. Петражицкаго идетъ настолько далеко, чтобы объявить «психическими эмоціями» не только нравственность и право, но и область прекраснаго, область познанія и т. д.[2]). Принимая во вниманіе, что, по мнѣнію Л. І. Петражицкаго, «разнообразіе видовъ и разновидностей импульсовъ поведенія въ видѣ соотвѣтственнаго множества и разнообразія эмоцій, импульсій и т. д.» выработалось въ «эволюціонномъ процессѣ»[3]), можно заключить о непосредственной близости воззрѣній уважаемаго профессора къ тѣмъ формамъ субъективнаго идеализма, которыя выросли на почвѣ современной біологической теоріи эволюціи[4]). Но тогда непонятно, почему Л. І. Петражицкій не идетъ дальше и не утверждаетъ, что и весь физическій міръ тоже лежитъ «въ головѣ» людей. Вѣдь мы его познаемъ, мы его видимъ, мы его ощущаемъ. Вѣдь его свойства зависятъ отъ нашихъ органовъ чувства, такъ что можно сказать, что «физическое» есть своеобразная біологическая реакція нашего организма на внѣшнюю среду.

[1]) Ср. «Введеніе», стран. 23.
[2]) Ср. «Теорія права», I, § 2; о познаніи ср. ниже, стран. 14.
[3]) «Теорія права», I, стран. 23—24.
[4]) Къ такимъ воззрѣніямъ отчасти приближается Махъ, различные «дарвинисты» въ теоріи познанія и прагматизмъ.

Digitized by Google

Если бы Л. И. Петражицкій развилъ тѣ тенденціи, которыя несомнѣнно заложены въ его теоріи и которыя роднятъ ее съ нѣкоторыми крайними направленіями современнаго біологическаго психологизма, ему не пришлось бы, пожалуй, строить свою «психологическую» теорію права. Стоитъ только признать съ нѣкоторыхъ точекъ зрѣнія совершенно неоспоримую истину, что весь міръ «лежитъ въ нашей головѣ», вопросъ о «мѣстонахожденіи» права ничѣмъ не будетъ отличаться отъ вопроса о «мѣстонахожденіи» любой физической вещи. И право и это дерево одинаково будутъ содержаніями нашего сознанія, если хотите, «фантасмами», «эмоціональными проекціями». При чемъ придется уже различать между тѣми «проекціями», которыя мы имѣемъ въ предметахъ природы, и тѣми, которыя мы имѣемъ въ разнаго рода «обязанностяхъ», а не между реальными вещами и мыслями въ головѣ. Основныя истины психологической теоріи права потеряютъ свою соль и станутъ ненужными.

Слѣдуетъ еще упомянуть, что Л. И. Петражицкому не менѣе далеки и другія, въ высшей степени тонкія и рафинированныя воззрѣнія, выработавшіяся въ кругу философскихъ идей, родственныхъ современному біологическому психологизму. Взглядъ, что разрывъ міра на «физическую» и «духовную» сущность является продуктомъ нѣкоторой донаучной теоретизаціи, что, стало-быть, философское сознаніе должно отрѣшиться отъ этого примитивнаго воззрѣнія, отъ этой незаконной «интроекціи»[1]) — все это идеи, съ которыми Л. И. Петражицкій не признаетъ нужнымъ считаться. Но совершенно ясно, что «психологическую» теорію права пришлось бы сильно передѣлать, если бы ея авторъ призналъ неправомѣрность своего основного предположенія о существованіи «внѣшнихъ» физическихъ и «внутреннихъ» духовныхъ предметовъ.

Однако, независимо отъ этихъ теорій, попробуемъ разобраться въ вопросѣ по существу. Легко показать, что одна изъ основныхъ идей психологической теоріи — идея «мѣстонахожденія» права — покоится на примѣненіи къ непространственнымъ отношеніямъ понятій, заимствованныхъ изъ міра вещей въ пространствѣ. Языкъ нашъ вообще консервативенъ и бѣденъ, и мы часто для выраженія «психическихъ» отношеній прибѣгаемъ къ подобнымъ пріемамъ: мы говоримъ о «низкихъ» и «высокихъ» звукахъ, о «широкой» душѣ, о «проникновеніи» въ мысли и т. д. Но подобно этому мы говоримъ, что мысль лежитъ «въ головѣ», а не «во внѣ», «въ пространствѣ». Если мы здѣсь не имѣемъ дѣла съ простыми

[1]) Точка зрѣнія Р. Авенаріуса.

Digitized by Google

фигуральными оборотами рѣчи, то въ такомъ способѣ выраженія кроется болѣе, чѣмъ простая некорректность. «Въ головѣ» вѣдь это значитъ тоже «въ пространствѣ»: такъ, книга лежитъ «въ» ящикѣ, бумага «въ» конвертѣ. Но если книга лежитъ въ ящикѣ, ясно, что она не можетъ въ то же время лежать и въ шкапу. Пространство исключительно по своей природѣ, любая часть его внѣположна другой части. Два тѣла не могутъ занимать въ одно и то же время одного пространства. Вотъ этотъ-то способъ представленій и перенесенъ Л. І. Петражицкимъ на область психическихъ явленій. Разъ психическое лежитъ «въ головѣ», оно слѣдовательно не можетъ лежать нигдѣ, кромѣ этой головы. Поэтому его нигдѣ и нѣтъ, кромѣ головы. Намъ только кажется, что оно лежитъ гдѣ-то «внѣ» головы. Мы проецируемъ подлинникъ «во внѣ» подобно тому, какъ мы можемъ мысленно книгу, лежащую въ ящикѣ, перенести въ шкапъ. Въ шкапу будетъ не настоящая книга, а ея проекція, какъ «во внѣ» насъ нѣтъ настоящей психической реальности, но только ея фантасмы.

Въ воззрѣніяхъ этихъ мы имѣемъ поразительный примѣръ запутаннаго сочетанія истинныхъ мыслей съ ложными. Строго говоря, психическое не лежитъ въ пространственной внѣположности, какъ мое тѣло и тотъ шкапъ. Стало-быть, оно не лежитъ «внѣ» меня, такъ какъ лежать «внѣ» другъ друга есть свойство пространственныхъ вещей, а не психическихъ состояній. Подобнымъ же образомъ «психическое» не лежитъ «внутри» меня или «внутри» того человѣка, такъ какъ «психическое» не есть книга, какую можно помѣстить въ ящикъ. Но оно все-таки какъ-то «лежитъ», какъ-то «дано», въ формѣ особой психической реальности. Въ чемъ заключаются основныя особенности этого рода «психической» данности, въ этомъ мы можемъ убѣдиться путемъ феноменологическаго проникновенія въ непосредственную жизнь различныхъ состояній нашего «я». Остановимъ свой мысленный взоръ на томъ общемъ чувствѣ единства переживаній во всемъ ихъ взаимнопроникающемъ разнообразіи въ любой моментъ нашей жизни, и мы получимъ наглядное представленіе феноменальной «данности» психическаго. Одинъ изъ тончайшихъ философовъ современности опредѣлилъ это явленіе, какъ «послѣдовательность безъ взаимной внѣположности»[1]). При чемъ онъ же отмѣтилъ, что послѣдовательность состояній сознанія не исключаетъ ихъ взаимнаго проникновенія и что моменты этой послѣдовательности характеризуются присущей имъ качественной разнохарактерностью ихъ содержанія. Полно ли это описаніе или нѣтъ —

[1]) Ср. Bergson.

Digitized by Google

во всякомъ случаѣ оно свободно отъ затемняющихъ пространственныхъ аналогій. «Психическое» характеризуется не тѣмъ, что нѣчто лежитъ «внутри» или «въ головѣ», но тѣмъ, что нѣчто связано особой непространственной связью. Связь эта непосредственно переживается нами самими, но переживать ее есть не только свойство моего «я». Какъ переживаютъ ее другіе — намъ это не дано, но нѣкоторые комплексы и нѣкоторыя сочетанія физическихъ явленій, обладающіе особой, имъ свойственной окраской, убѣждаютъ насъ въ томъ, что «психическое» множественно. Это «другое психическое» лежитъ ли оно «внѣ» насъ? Опять-таки нѣтъ. Внѣ нашего тѣла лежатъ пространственныя единства другихъ тѣлъ, нѣкоторыя изъ нихъ мы считаемъ связанными съ «психическимъ». Но это «психическое» не «внѣ» меня и не «въ» тѣлѣ другого, оно дается какъ особый характеръ физическаго и могло бы быть дано, какъ психическое, если бы души не раздѣлялись пропастью вѣчной тайны, которая есть прежде всего тайна абсолютно разнокачественнаго, тайна другого характера, другой индивидуальности.

Есть ли этотъ «характеръ» наша проекція? Да, менѣе всего! Чужое я не менѣе реально, чѣмъ наше собственное. Свойства его мы постоянно пытаемся выразить, говоря, напр., красивый человѣкъ, привлекательный, милый, злой. Нужно ли считать всѣ эти предикаты проекціями? Столь же мало. Тотъ физическій комплексъ фактовъ, который связанъ съ чужимъ «характеромъ», съ естественной необходимостью убѣждаетъ насъ въ томъ, соотвѣтствуютъ ли наши «проекціи» дѣйствительности, или нѣтъ, мы ошибаемся. Когда я говорю «врагъ» или «другъ», едвали я только проецирую свои эмоціи. Жизнь показываетъ, что эти квалификаціи болѣе, чѣмъ субъективны. Конечно въ нихъ есть и доля моего «отношенія» къ явленіямъ, но есть и доля чисто объективнаго состава фактовъ, который выяснится тотчасъ же, какъ только я фактически столкнусь съ «другомъ» или «врагомъ». Въ томъ комплексѣ фактовъ, который мы называемъ «чужой» душой, нужно опять-таки различать двѣ стороны: съ одной стороны, объективное содержаніе этой души, ея фактическое «что», съ другой, то индивидуальное освѣщеніе, которое это «что» пріобрѣтаетъ, поскольку оно не мною, а другимъ переживается. Въ сущности, только второе составляетъ предметъ психологіи, какъ естественно-эмпирической науки. Содержаніе же сознанія, моего или чужого, является предметомъ другихъ наукъ,— наукъ о физической природѣ, о культурѣ, о правѣ и т. д. Но ни этотъ особый характеръ переживаній «чужого» я, ни объективное содержаніе ихъ не лежатъ «въ моей головѣ», или «въ головѣ» моего сосѣда. Чужія переживанія обладаютъ особой психологической

Digitized by Google

реальностью, различныя содержанія сознаній, въ свою очередь, принадлежатъ къ различнымъ родамъ сущаго. Содержанія сознаній, располагающіяся въ порядкѣ пространственной внѣположности, являются физическими объектами. Но ими далеко не исчерпывается все богатство этого содержанія. Такія формы объективаціи какъ «добро», и «право» не полагаются въ формахъ пространства, но и не суть предметы индивидуальной психологіи. Считать же ихъ проекціями нашихъ переживаній «во внѣ» это значитъ фактически прилагать къ нимъ тѣ пространственныя опредѣленія, которыя къ нимъ только фигурально приложимы.

Вся теорія «эмоціональныхъ проекцій», «эмоціональныхъ фантасмовъ» и т. д. покоится на этомъ догматическомъ примѣненіи пространственныхъ формъ, на своего рода абсолютизаціи пространства. Считать право или государство «проекціями» — это значитъ: 1) разбить міръ на «тѣло» и «душу»; 2) заключить «душу» въ извѣстную часть пространства; 3) предположить, что эта душа, какъ часть пространства, не можетъ одновременно занимать другую часть пространства; 4) заключить, что тамъ гдѣ душа занимаетъ другую, неотведенную ей часть пространства, тамъ не можетъ быть ничего, кромѣ тѣни души.

II.

Другая, чрезвычайно существенная догматическая предпосылка «психологической» теоріи права есть взглядъ на психологію, какъ на «основную» науку. «Причиной слабаго развитія и неудовлетворительнаго состоянія гуманитарныхъ, въ особенности общественныхъ наукъ, въ отличіе отъ такъ называемыхъ естественныхъ наукъ, является», по мнѣнію Л. І. Петражицкаго, «въ значительной степени отсутствіе научнаго базиса въ видѣ надлежащей, правильной теоріи психологическихъ явленій»[1]). Когда психологія будетъ построена научно, подъ гуманитарныя науки будетъ подведенъ, наконецъ, прочный фундаментъ. Психологическая теорія права и является попыткой построить одну изъ гуманитарныхъ наукъ на такомъ новомъ и прочномъ фундаментѣ.

Еще на зарѣ исторіи теоретическаго естествознанія естествоиспытатели справедливо указывали на математику и на механику, какъ на основу построенія наукъ о природѣ. Л. І. Петражицкій указываетъ на то, что въ сферѣ гуманитарныхъ наукъ ту же роль должна сыграть психологія. Почему? — этотъ вопросъ остается неяснымъ. Многіе изъ сторонниковъ такого взгляда выдвигаютъ психологію, по-

[1]) Ср. «Введеніе», стран. 116.

Digitized by Google

тому что она является наукой естественной. Повидимому, то же самое соображеніе побудило и Л. І. Петражицкаго усматривать въ психологіи основную науку. Однако, если психологія есть естественная наука, то непонятно почему ей принадлежитъ такое почетное положеніе. Въ естествознаніи есть другія гораздо болѣе разработанныя и основныя дисциплины, которыя могутъ служить лучшимъ примѣромъ точности и общеобязательности, чѣмъ психологія. Не полезнѣе ли и не плодотворнѣе гуманитарнымъ наукамъ подражать, напримѣръ, математикѣ, или механикѣ, чѣмъ основываться на весьма неточныхъ выводахъ психологіи? На это возраженіе, правда, можно отвѣтить такъ: сфера естественныхъ предметовъ неединообразна, существуютъ предметы, изучаемые химіей, предметы, изучаемые біологіей, предметы, изучаемые психологіей; и какъ химія или біологія являются основаніемъ для химическихъ или біологическихъ наукъ, такъ психологія можетъ служить базисомъ для наукъ о духѣ. Однако, нужно помнить условность и непринципіальность всѣхъ этихъ дѣленій. Для естествоиспытателя различія физическихъ предметовъ обусловлены несовершенствомъ научныхъ методовъ, а не какими-либо онтологическими основаніями. Идеалъ естествознанія — монистиченъ, и если естествоиспытатель не всегда можетъ его осуществить, то это — временныя затрудненія, а не принципіальный отказъ отъ принципа единства. Въ этомъ смыслѣ основными науками для естествоиспытателя остаются математика и механика. И каждый естествоиспытатель никогда не устоитъ отъ соблазна растворить «психическое» въ тѣхъ же основныхъ понятіяхъ, посредствомъ которыхъ онъ опредѣляетъ и «физическое», — будь то атомы, электроны, энергія или что-либо другое. Стало-быть, съ точки зрѣнія естествоиспытателя психологію можно считать «основной» наукой только съ большими оговорками. И «психологическая» теорія права съ тѣми же оговорками должна быть признана съ точки зрѣнія естествознанія теоріей научной. Какъ только методы естествознанія дойдутъ до степени совершенства, позволяющей уничтожить условности специфической теоріи психическихъ явленій, «психологическая» теорія права смѣнится другой, болѣе совершенной, скажемъ энергетической, которую и нынѣ уже стараются построить[1]), — или еще болѣе новой и совершенной.

Но, быть можетъ, психологія есть основная наука, по той причинѣ, что гуманитарныя науки представляютъ область знанія, принципіально отличную отъ той, которую мы имѣемъ въ наукахъ о природѣ. Разобранное выше рѣзкое противопоставленіе «психическаго»

[1]) Ср. Ostwald, Energetische Grundlagen der Kulturwissenschaften. Lpz., 1909.

Digitized by Google

«физическому» позволяетъ заключить, что Л. І. Петражицкій не совсѣмъ былъ чуждъ этому взгляду. Однако, онъ нигдѣ его не обосновалъ, оставляя читателя въ полномъ недоумѣніи по поводу того, почему психологія надѣлена столь почтеннымъ признакомъ основной науки.

Но даже если мы и безъ доказательства согласимся съ этимъ мнѣніемъ, все же взглядъ Л. І. Петражицкаго на психологію, какъ «основную» науку не можетъ быть принятъ безъ значительныхъ оговорокъ. Утверждая «основной» характеръ психологіи, Л. І. Петражицкій представляетъ взаимоотношеніе наукъ о духѣ по аналогіи съ науками о природѣ. Правда, въ наукахъ о природѣ имѣются «основныя» науки, изучающія первые элементы природы, какъ цѣлаго, но спрашивается, такова ли структура «духа», что и его познаніе достигается путемъ разложенія на «элементы», ученіе о которыхъ формируется въ нѣкоторую «основную» дисциплину? Для Л. І. Петражицкаго такое воззрѣніе представляется совершенно естественнымъ и самоочевиднымъ. «Знаніе природы сложныхъ предметовъ или явленій» — утверждаетъ онъ — «предполагаетъ знаніе ихъ состава, элементовъ, изъ которыхъ они слагаются»[1]). Л. І. Петражицкій ясно высказываетъ здѣсь основной постулатъ, такъ называемой, конструктивной психологіи, не принимая во вниманіе, что въ области современныхъ «наукъ о духѣ» имѣются чрезвычайно вліятельныя и вѣскія противоположныя теченія. Взять бы хотя идею «феноменологіи», которая представляется ея сторонникамъ примѣромъ гораздо болѣе «основной» науки, чѣмъ эмпирическая психологія[2]). Да и вообще, не встрѣчаемся ли мы въ явленіяхъ «духа» съ нѣкоторыми неразложимыми цѣлокупностями, познаніе коихъ достигается не путемъ стараго «резолютивнаго» метода, но посредствомъ интуитивнаго погруженія въ ихъ цѣлостность?

Если мы, согласно широкораспространенному дѣленію, причислимъ къ наукамъ о «духѣ» логику, этику и эстетику[3]), то ихъ все болѣе выясняющаяся независимость отъ психологіи, и въ то же время ихъ взаимная автономность, убѣждаютъ насъ въ справедливости только что высказаннаго предположенія. Царство наукъ о духѣ есть широко развитая федерація, а не унитарное государство. И въ этомъ царствѣ нѣтъ никакой центральной и суверенной власти,

---

[1]) Ср. «Теорія права», т. II, стран. 309.

[2]) «Die reine Phänomenologie stellt ein Gebiet neutraler Forschungen dar, in welchem verschiedene Wissenschaften ihre Wurzeln haben. Einerseits dient sie zur Vorbereitung der Psychologie, als empirischer Wissenschaft». Husserl, Logische Untersuchungen, 2. Teil, S. 4.

[3]) Ср. напр., H. Cohen. Die Geisteswissenschaften u. die Philosophie, въ первомъ № новаго журнала «Die Geisteswissenschaften».

Digitized by Google

нѣтъ «основной» науки, если только не говорить о логикѣ, которая, разумѣется, является формальной предпосылкой всякой науки вообще. Тѣмъ менѣе такой основной наукой можетъ быть психологія. Она, строго говоря, только одной стороной своей принадлежитъ къ наукамъ о духѣ. Эмпирическая психологія изучаетъ ту естественную, физическую среду, въ которой проявляется «духъ», и потому она принадлежитъ столько же къ наукамъ естественнымъ, сколько и къ подлиннымъ наукамъ о «духѣ».

Основнымъ заблужденіемъ «психологизма» Л. І. Петражицкаго, такъ же какъ и всякаго крайняго психологизма вообще, является непониманіе истины, что физическій способъ проявленія какого-либо содержанія не тожественъ съ самимъ этимъ содержаніемъ, съ его объективнымъ, предметнымъ составомъ. У Л. І. Петражицкаго это заблужденіе проявляется въ крайней формѣ. Такъ напримѣръ, онъ не можетъ отличить логическаго состава какого-нибудь понятія или сужденія отъ случайной, психологической формы ихъ проявленія. Отсюда его стремленіе произвести реформу логики на основѣ психологіи. По мнѣнію Л. І. Петражицкаго, предпринятая имъ реформа психологіи даетъ возможность «рѣшить научно» и проблему логики. Вѣдь чѣмъ инымъ являются сужденія какъ не видомъ «моторныхъ раздраженій, эмоцій» [1]). Утвердительныя сужденія суть аппульсивно-эмоціональные акты, отрицательные — репульсивно-эмоціональные акты и т. д. [2]). Но опредѣливъ такимъ образомъ «природу» сужденій, «мы можемъ уяснить себѣ и природу тѣхъ психическихъ процессовъ, которые называются умозаключеніями». Умозаключеніе состоитъ въ появленіи «новаго сочетанія эмоцій и представленій» [3]). Правда, почтенный профессоръ оговаривается, утверждая тѣмъ самымъ различіе логической проблемы отъ психологической, что съ точки зрѣнія психологіи правомѣрными являются всякія, даже нелѣпыя сочетанія представленій. Умозаключенія отъ индивида къ роду «логически не выдерживаютъ критики, но психологически точно такъ же умозаключенія, какъ и выводы отъ общаго къ частному» [4]). Однако неяснымъ остается, въ чемъ же заключается разница логической отъ психологической проблемы, и какую пользу при наличности этой разницы можетъ принести психологія для логики. Изъ другихъ мѣстъ сочиненій Л. І. Петражицкаго мы, въ противоположность сказанному, убѣждаемся, что таковой разницы даже и совсѣмъ нѣтъ. Извѣстные при-

---

[1]) Ср. «Введеніе», стран. 246.
[2]) Ibid.
[3]) Ibid., стран. 250.
[4]) Ibid., стран. 251.

Digitized by Google

мѣры, помѣщенные на 26 стран. «Введенія», въ которыхъ указывается, гдѣ нужно искать мѣстонахожденіе субъекта сужденій, убѣждаютъ насъ, сколь мало чувствуетъ почтенный авторъ специфичность логической проблемы въ отличіе отъ психологической. Конечно, нелѣпо, при опредѣленіи субъекта сужденія: «служитель находится въ прихожей», отправиться въ настоящую прихожую и привести оттуда служителя, торжественно заявивъ: «вотъ субъектъ высказаннаго сужденія». Но, да проститъ меня Л. І. Петражицкій, мнѣ кажется, иногда онъ предлагаетъ сдѣлать нѣчто подобное. Субъектъ сужденій находится, говоритъ почтенный профессоръ, «въ самихъ сужденіяхъ». . . . . «въ сознаніи переживающихъ соотвѣтствующія сужденія» [1]). Противъ перваго нельзя ничего возразить, но тѣмъ болѣе страннымъ является второе. Субъектъ сужденія остается таковымъ субъектомъ независимо отъ того, переживался ли онъ въ чьей-либо психикѣ съ чувствомъ пріятнаго или непріятнаго, возвышеннаго или отвратительнаго, онъ останется тѣмъ же субъектомъ, если онъ даже никѣмъ не переживался. Субъектъ сужденія есть свойство состава сужденія, а не свойство переживанія. Для Л. І. Петражицкаго здѣсь нѣтъ никакой разницы. Для него «субъектъ» даннаго сужденія лежитъ въ переживаніяхъ, и вмѣсто того чтобы итти въ прихожую, Л. І. Петражицкій подходитъ къ человѣку и ищетъ «субъекта» у него въ головѣ.

На такого рода смѣшеніяхъ покоится, въ сущности, вся «психологическая» теорія права Л. І. Петражицкаго. Всѣмъ ясно, что право переживается, что существуютъ «правовыя переживанія», какъ существуютъ переживанія «научныя», «мыслительныя», «нравственныя» и т. д. Однако между этими переживаніями и объективнымъ составомъ переживаемаго существуетъ громадная разница. Кто логику сводитъ къ тѣмъ «эмоціямъ», которыя сопровождаютъ логическіе акты, тотъ очень далекъ отъ пониманія предмета логики, хотя практически и можетъ обладать очень хорошимъ логическимъ чутьемъ. Но объективное содержаніе правовыхъ эмоцій такъ же далеко отъ самихъ этихъ эмоцій, какъ далекъ отъ нихъ и предметъ логики. Тѣ чувства, которыя избиратель переживаетъ, шествуя къ избирательнымъ урнамъ, не тожественны съ объективнымъ составомъ фактовъ, именуемыхъ избирательнымъ правомъ. Эмоціи министра, не получившаго большинства въ палатѣ и уходящаго въ отставку, не суть еще то, что называется парламентаризмомъ. Подобно этому чувство собственника не есть юридическій институтъ собственности, чувство должника не есть

[1]) Ibid., стран. 27.

Digitized by Google

договоръ о займѣ. Задачей юриста и является выяснить специфическія особенности этого объективнаго состава «юридическаго», а не описывать тѣ разнообразныя переживанія, которыя рождаются по поводу этого состава и въ связи съ нимъ. Для философа права при этомъ возникаетъ цѣлый рядъ существенныхъ и интересныхъ проблемъ. Въ какомъ отношеніи «юридическое», какъ особый предметъ изслѣдованія, стоитъ къ предметамъ другихъ наукъ? И прежде всего къ предметамъ «наукъ о духѣ», къ логикѣ и этикѣ? Нерѣдко задачу юриста сводятъ въ формально-логическому анализу понятія. Сливается ли, стало быть, юриспруденція съ формальной логикой? Указываютъ далѣе, что наука о правѣ есть наука нормативная. Въ какомъ отношеніи стоитъ она въ такомъ случаѣ къ этикѣ? И вообще есть ли «юридическое» какая-либо самостоятельная система объективаціи или же, напротивъ, оно есть видъ какого-нибудь болѣе широкаго класса объектовъ, напр. класса предметовъ этическихъ или предметовъ соціальныхъ? Все это вопросы, для рѣшенія которыхъ психологическая теорія права не даетъ никакого отвѣта.

III.

Заслуживаетъ особаго упоминанія, что вышеотмѣченныя предпосылки теоріи Л. І. Петражицкаго, помимо своей фактической неправильности, должны быть признаны несоотвѣтствующими современному уровню соціально-научныхъ знаній.

Благодаря счастливому стеченію обстоятельствъ, современная соціальная наука выросла безъ наличности вліянія со стороны индивидуальной психологіи. Такимъ образомъ ей чуждъ былъ тотъ крайній субъективизмъ, который столь характеренъ для взглядовъ уважаемаго профессора. «Творецъ» современной положительной соціологіи, Ог. Контъ, — мыслитель во многихъ отношеніяхъ родственный, какъ это справедливо отмѣчалось [1]), Л. І. Петражицкому, — не отвелъ въ своей системѣ наукъ отдѣльнаго мѣста психологіи. Зато соціологія для него — самостоятельная наука, предметомъ которой является не индивидуальный человѣкъ, а общество. По мнѣнію Конта, существуетъ «абсолютная необходимость отдѣлять изученіе коллективныхъ феноменовъ человѣческаго рода отъ феноменовъ индивидуальныхъ» [2]). Эти индивидуальные феномены, по мнѣнію Конта, изучаются физіологіей,

---

[1]) Ср. П. И. Новгородцевъ. «Психологическая теорія права и философія естественнаго права», въ предыдущей книгѣ этого журнала.

[2]) Ср. Comte. Plan des travaux scientifiques, pour réorganiser la société. Въ прилож. къ IV тому «Système politique positive», p. 129.

Digitized by Google

но совершенно ошибочно «видѣть въ соціальной наукѣ простое продолженіе физіологіи»[1]). Разумѣется, физіологія доставляетъ соціальной наукѣ ея «отправную точку», но въ послѣдующемъ развитіи соціальные феномены превращаются въ столь самостоятельную систему, что она можетъ быть только предметомъ вполнѣ самостоятельной науки, основывающейся на непосредственномъ изученіи самихъ соціальныхъ явленій[2]).

Разсужденія эти положили прочное основаніе для уясненія той истины, которая никогда не признавалась Л. І. Петражицкимъ,— той истины, что объективный составъ «соціальнаго» не тожественъ съ индивидуальнымъ переживаніемъ его «въ душѣ» человѣка. Послѣдующее развитіе соціологіи дополнило и исправило Конта. Въ классификаціяхъ наукъ позитивистовъ и психологіи удалось занять почтенное мѣсто. Подобно физіологіи, ее стали считать «точкой отправленія» для соціальныхъ наукъ. Но, если не говорить о крайностяхъ, для всей этой линіи столь родственныхъ Л. І. Петражицкому идей навсегда осталась чуждою мысль, что «соціальное» въ широкомъ смыслѣ этого слова, какъ цивилизація, культура со всѣмъ ихъ богатымъ содержаніемъ, стало быть, и право и государство — суть эмоціональныя фантасмы, проекціи, вынесенныя наружу изъ головы человѣка.

Строго говоря, психологизмъ въ области соціальныхъ наукъ — и въ частности въ области правовѣдѣнія — есть менѣе всего новая и сколько-нибудь оригинальная мысль. Соціальный объективизмъ и антипсихологизмъ даже въ крайнихъ своихъ проявленіяхъ— напримѣръ, въ органической теоріи общества, — никогда не былъ чуждъ мысли, что соціальная связь есть связь психическая. Многочисленныя попытки разсматривать общество какъ естественный организмъ, можно считать неудачными опытами отыскать объективирующій принципъ соціальнаго бытія путемъ привлеченія біологическихъ аналогій. Но что «субстратъ» общества — психиченъ, это вполнѣ ясно сознавали многіе изъ органистовъ. «Die menschliche oder civile Gesellschaft,— утверждалъ много ранѣе Л. І. Петражицкаго нѣмецкій соціологъ Шеффлэ, — ist ein rein geistig (psychisch) bewirkte...Lebensgemeinschaft organischer Individuen»... Человѣческое общество есть поэтому «идеальная» связь, и соціальное тѣло есть совершенно особое явленіе[3]). «Человѣческое сообщество, — говоритъ другой «органистъ», Вормсъ, — носитъ болѣе явственную

---

[1]) Ibid., p. 128.
[2]) Ibid., p. 129.
[3]) Schäffle. Bau und Leben des socialen Körpers. Neue Ausgabe, 1881, S. 3.

Digitized by Google

печать духовной жизни, чѣмъ органическое»... [1]). Такихъ цитатъ изъ произведеній «органистовъ» можно было бы привести сотни, въ особенности, если взять тѣхъ изъ нихъ,которые были болѣе философами, чѣмъ натуралистами. Вѣдь, не нужно забывать, что къ «органистамъ» принадлежалъ Шеллингъ и его многочисленные ученики Въ соціально-политическихъ воззрѣніяхъ послѣднихъ общество прямо выступаетъ, какъ особый коллективно-психическій организмъ.

Я не говорю уже о той вѣтви соціологіи, которая, въ противоположность органическимъ теоріямъ, прямо выступала подъ лозунгомъ «психологизма». Но психологизмъ этотъ, въ общемъ, былъ чуждъ тѣмъ крайностямъ, въ которыя впала теорія Л. І. Петражицкаго. Психологическую школу въ соціологіи не покидаетъ мысль, что въ соціальныхъ феноменахъ мы имѣемъ дѣло съ особымъ родомъ психическихъ отношеній, отличныхъ отъ явленій индивидуальной психологіи. Одинъ изъ родоначальниковъ «психологическаго» направленія въ соціологіи Л. І. Уордъ ясно указываетъ, что соціологія имѣетъ дѣло не съ отдѣльнымъ человѣческимъ индивидуумомъ, а съ обществами людей [2]). По мнѣнію другого, чрезвычайно извѣстнаго психолога въ соціологіи, Тарда, «соприкосновеніе одного я съ другимъ я есть «отношеніе совершенно особое» [3]). Это особое отношеніе и должно изучаться особой наукой о между-психическихъ явленіяхъ, отличной отъ психологіи индивидуальной. Между-психическая связь не всегда является связью соціальной, но во всякомъ случаѣ всякая соціальная связь — между-психична.

Такимъ образомъ, и здѣсь предметъ соціологіи ясно отграничивается отъ предмета индивидуальной психологіи. Но всего яснѣе эта точка зрѣнія проводится у новѣйшаго и наиболѣе критическаго изъ современныхъ соціологовъ, у Г. Зиммеля. «Не возбуждаетъ никакого сомнѣнія, говоритъ Зиммель, что всѣ общественные процессы помѣщены въ душѣ» (ihren Sitz in Seelen haben) и что, слѣдовательно, «фактъ обобществленія есть психическій феноменъ». Поэтому общественныя явленія становятся для насъ понятными только тогда, когда мы понимаемъ тѣ психическія мотиваціи, чувства, мысли, потребности, которыя составляютъ существо общественныхъ отношеній. Если эта внутрен-

---

[1]) Вормсъ, Общественный организмъ, стран. 41. Ср. также R. Worms, Philosophie des sciences sociales, VI, гдѣ эта точка зрѣнія проведена еще опредѣленнѣе.

[2]) Ср. объ этомъ М. М. Ковалевскій, Соціологія, т. I, стр. 265 и слѣд.

[3]) Tarde, La psychologie intermentale. «Revue internationale de sociologie». T. 9, 1901.

Digitized by Google

ныя, духовная сторона для насъ скрыта, общественное явленіе превращается въ игру маріонетокъ, столь же безсмысленную, какъ взаимопроникновеніе облаковъ или сплетеніе древесныхъ вѣтвей. Причинное объясненіе соціальныхъ явленій достигнуто было бы нами, коль скоро мы эти явленія дедуцировали бы изъ «психологическихъ законовъ»[1]). Можно думать, что Зиммель вполнѣ приближается здѣсь къ идеямъ, высказаннымъ Л. І. Петражицкимъ. Однако, это только поверхностное сходство. Для Зиммеля совершенно ясно, что отъ предыдущихъ истинъ еще далеко до выводовъ, которые съ такой внѣшней послѣдовательностью сдѣлалъ Л. І. Петражицкій. «Методически чрезвычайно важно и прямо таки рѣшающе для основныхъ началъ наукъ о духѣ то обстоятельство, — говоритъ Зиммель, — что научное изученіе душевныхъ явленій не должно быть непремѣнно психологіей» [2]). Открытіе любой астрономической или химической истины есть также психологическій процессъ, который психологъ вполнѣ объяснитъ изъ основныхъ законовъ душевной жизни. Однако, сами эти истины мы открываемъ не путемъ анализа психическихъ процессовъ, но путемъ изученія объективнаго содержанія сознанія, которое становится для насъ самостоятельнымъ предметомъ наблюденія. Но приблизительно то же самое имѣемъ мы и при изученіи соціальныхъ явленій. Конечно, соціальныя явленія суть содержанія нашего сознанія, но при изученіи ихъ мы обращаемся не къ душевнымъ процессамъ, являющимся носителями извѣстнаго содержанія, но къ самому этому содержанію, и къ его законамъ. Подобно этому языкъ есть всецѣло психическое явленіе, однако законы языка изучаются не психологіей, но языкознаніемъ, которое изучаетъ свой предметъ по внутреннему составу его содержанія, а не по психическимъ формамъ его выраженія въ человѣческой психикѣ [3]).

Изъ этого краткаго обзора мы видимъ, что преобладающее направленіе въ современной соціологіи всецѣло стоитъ на точкѣ зрѣнія, развитой нами ранѣе при критикѣ теоріи Л. І. Петражицкаго. Если и общепринято убѣжденіе, что соціологія есть одна изъ наукъ о духѣ, то не менѣе общепринятъ взглядъ, согласно которому проводится строгое отличіе наукъ о духѣ отъ индивидуальной психологіи. Разумѣется, эти воззрѣнія гораздо болѣе пріемлемы для насъ, юристовъ, чѣмъ предпосылки теоріи Л. І. Петражицкаго.

---

[1]) Simmel. Soziologie, s. 21 ff.
[2]) Ibid.
[3]) Ibid.

Digitized by Google

Нельзя, конечно, умолчать о томъ, что у соціологизма всѣхъ толковъ есть тенденція сдѣлать изъ правовѣдѣнія науку исключительно соціальную, а это можетъ привести къ отрицанію автономности юриспруденціи. Но мнѣ кажется, соціологизмъ въ наукѣ о правѣ далеко не въ той степени толкаетъ юриспруденцію «на совершенно чуждый ей путь», какъ это дѣлаетъ психологизмъ Л. І. Петражицкаго. Если мы присмотримся къ развитію, такъ называемой, положительной соціологіи, въ особенности во Франціи, мы не можемъ не замѣтить, какъ постепенно она превращается изъ «соціальной физики» въ «философію права», точнѣе въ соціальную философію. Особенно это нужно сказать о доктринѣ солидаризма, которая за послѣдніе 10—20 лѣтъ рѣшительно отряхнула съ себя натуралистическую одежду и смѣло выступила какъ нравственное ученіе[1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя отрицать оригинальности и глубины тѣхъ новыхъ юридическихъ конструкцій, которыя возникли на почвѣ французскаго соціологизма. Дюги и въ особенности Оріу показали намъ, сколь плодотворенъ французскій соціологизмъ для выработки основныхъ понятій публичнаго права. Но все это въ извѣстномъ смыслѣ можетъ быть отнесено и не только къ французамъ. Что «соціальное» ученіе о правѣ и государствѣ есть скрытая философія права, никто не показалъ это болѣе убѣдительно, чѣмъ Еллинекъ въ своемъ «Правѣ современнаго государства». Его «общее соціальное ученіе о государствѣ» цѣликомъ состоитъ изъ тѣхъ проблемъ, которыя были любимыми темами старой философіи права (существо государства, обоснованіе государства, цѣль государства и т. д.). И опредѣляя государство съ «соціальной» точки зрѣнія, какъ «коллективное единство» людей, Еллинекъ подчеркиваетъ связь, соединяющую юриста-философа со всей линіею стараго соціологизма, который со времени О. Конта видѣлъ въ соціальныхъ феноменахъ проявленіе особой, непространственной, но тѣмъ не менѣе надъиндивидуальной, духовной связи людей.

IV.

Въ психологической теоріи права должна быть отмѣчена и еще одна предпосылка, наличностью которой объясняется, въ сущности говоря, удачный конецъ попытки построить юриспруденцію на новыхъ основаніяхъ. «Психическое» Л. І. Петражицкаго оказалось способнымъ породить цѣлый рядъ юридическихъ опредѣленій по той причинѣ, что почтенный авторъ надѣлилъ его аттрибутами, на которыхъ издавна строилась философія права.

[1]) Ср. напр., «Essai d'une philosophie de la solidarité», Paris, 1907, p. VII.

Digitized by Google

Л. І. Петражицкій въ основаніе своей правовой теоріи кладетъ ученіе объ эмоціяхъ. Нужно различать два класса эмоцій — эмоціи спеціальныя и эмоціи бланкетныя. «Нѣкоторыя эмоціи имѣютъ тенденцію вызывать опредѣленное, специфическое, къ нимъ спеціально природою пріуроченное поведеніе, вообще опредѣленныя системы физіологическихъ и психическихъ процессовъ»[1]). Такова, напр., эмоція голода со всѣми сопровождающими ее послѣдствіями и реакціями. Это и суть спеціальныя эмоціи, «которыя имѣютъ тенденцію превращать организмъ... на время въ аппаратъ, спеціально приноровленный къ исполненію спеціальной біологической функціи» [2]). Не нужно думать, однако, что эта связь эмоцій съ опредѣленными акціями имѣетъ характеръ механической необходимости, что здѣсь имѣетъ мѣсто «абсолютная предопредѣленность и однообразіе» [3]). Эмоціональная дѣятельность не есть машина, повторяющая неизмѣнно одни и тѣ же движенія, напротивъ, такая дѣятельность «въ извѣстныхъ предѣлахъ допускаетъ приспособленіе къ конкретнымъ обстоятельствамъ и соотвѣтственныя измѣненія» [4]). Даже болѣе, «нѣкоторыя спеціальныя человѣческія эмоціи имѣютъ настолько свободный и измѣнчивый характеръ, что ихъ предопредѣленность состоитъ лишь въ предопредѣленности общаго направленія поведенія» [5]). Такимъ образомъ, уже спеціальныя эмоціи характеризуются наличностью значительной доли свободы въ соотвѣтствующей имъ дѣятельности людей. Но тѣмъ болѣе это нужно сказать о другомъ классѣ эмоцій,— объ эмоціяхъ бланкетныхъ. Эти эмоціи «не предопредѣляютъ не только частностей, но даже и общаго характера и направленія акцій и могутъ служить побужденіемъ къ любому поведенію» [6]). Къ этому классу эмоцій принадлежатъ и эмоціи правовыя.

Мы не будемъ далѣе разсматривать тѣхъ дополненій, которыя дѣлаетъ Л. І. Петражицкій при дальнѣйшемъ развитіи только что изложенныхъ воззрѣній. Намъ нѣтъ нужды останавливаться на томъ, что, по мнѣнію Л. І. Петражицкаго, и при бланкетныхъ эмоціяхъ «характеръ и направленіе нашего поведенія» все же чѣмъ-то опредѣляется, именно, связанными съ эмоціями представленіями: иначе и не могло бы быть, такъ какъ въ противномъ случаѣ нельзя было бы говорить ни о какой теоріи поведенія. Для насъ важно

---

[1]) «Теорія права», т. I, стран. 9.
[2]) Ibid.
[3]) Ibid.
[4]) Ibid.
[5]) Ibid.
[6]) Ibid., стран. 11.

Digitized by Google

одно: если уже спеціальныя эмоціи, въ отличіе отъ простого механизма, предполагаютъ значительную долю свободы, то тѣмъ болѣе вращаются въ стихіи этой свободы эмоціи бланкетныя. И вмѣстѣ съ тѣмъ основаніемъ психологической теоріи права становится то **метафизическое начало свободы**, отъ котораго столь далека на первый взглядъ философія права уважаемаго профессора.

На понятіи свободы строилъ свою философію права нѣмецкій идеализмъ. Что новаго вноситъ здѣсь Л. І. Петражицкій? Можно ли считать существеннымъ новшествомъ то обстоятельство, что психологическая теорія права скрываетъ свободу подъ именемъ «бланкетной эмоціи»? Дѣло обстояло бы иначе, если бы эмоціональная дѣятельность была простымъ механизмомъ, и психологической теоріи права удалось бы на этой базѣ построить юриспруденцію. Но когда понятіе свободы, хотя бы молчаливо, допущено, цѣлый рядъ затрудненій нужно считать устраненнымъ. Если къ тому же сторонникъ психологической теоріи—хорошій и опытный юристъ, онъ сумѣетъ и изъ «бланкетной эмоціи» извлечь все, что ему нужно для его юридическихъ опредѣленій. А что же онъ извлекаетъ изъ своей психологіи для нашей науки? Психологическая теорія учитъ насъ, что право есть «императивъ». До сихъ поръ насъ учили, что право есть норма. Но есть ли уже такое существенное различіе между этими понятіями? Императивныя эмоціи или императивныя переживанія едва ли чѣмъ отличаются отъ нормативныхъ эмоцій или нормативныхъ переживаній. Конечно, переживаніе нормы не есть еще сама норма, но вѣдь и переживаніе императива нетожественно съ объективнымъ содержаніемъ этого императива. Сдѣлавъ эту существенную оговорку, любой юристъ можетъ признать, что право есть «императивъ». Намъ говорятъ далѣе, что право есть императивъ, снабженный аттрибутивной функціей. Опять-таки нужно сказать, что переживаніе этой аттрибутивной функціи не тожественно съ ея объективнымъ смысломъ. Если юристъ будетъ имѣть дѣло съ этимъ послѣднимъ, для него опредѣленіе Л. І. Петражицкаго будетъ въ высшей степени пріемлемо. Тогда правомъ мы будемъ называть такой императивъ, содержаніе котораго фактически или потенціально содержитъ въ себѣ признакъ внѣшней санкціи. Во всемъ этомъ нѣтъ ничего особливо новаго, и, кажется, не было необходимости привлекать психологію для того, чтобы сдѣлать такое опредѣленіе права.

Есть, впрочемъ, два обстоятельства, которыя отличаютъ «психологическое» опредѣленіе права отъ многихъ другихъ. Если мы назовемъ право «императивно-аттрибутивной эмоціей», тѣмъ самымъ

Digitized by Google

установится истина, что понятіе права не совпадаетъ съ понятіемъ права положительнаго. Это несомнѣнное преимущество «психологическаго» опредѣленія права, — преимущество, покупаемое, впрочемъ, весьма дорогой цѣной, такъ какъ одновременно мы потеряемъ всякіе критеріи для различенія между правомъ положительнымъ, правомъ мнимымъ и правомъ идеальнымъ. Нѣтъ нужды приводить примѣры того, какъ дѣйствительно Л. І. Петражицкій — совершенно потерялъ здѣсь критеріи различенія: многочисленныя экскурсы его книги о правѣ дѣтей, сумасшедшихъ, дьяволовъ, вѣдьмъ и т. д. говорятъ сами за себя. И въ этомъ отношеніи не проще ли и не цѣлесообразнѣе ли выразить здоровую мысль о томъ, что понятіе права нельзя построить на изученіи положительнаго права, выразить въ терминахъ и опредѣленіяхъ современныхъ сторонниковъ естественнаго права или старыхъ нѣмецкихъ идеалистовъ?

Н. Н. Алексѣевъ.

Digitized by Google

Конституція Невшателя 1814 года.

Нашей литературѣ почти неизвѣстны подробности Невшательской конституціи 1814 года; между тѣмъ во многихъ отношеніяхъ она содержитъ весьма интересныя данныя, въ особенности въ виду ея духовнаго родства съ конституціями Финляндіи (1809 г.) и Польши (1815 г.).

1.

Въ началѣ XVIII вѣка престолъ княжества Невшатель оказался вакантнымъ; послѣ долгихъ колебаній и несмотря на угрозы могущественной сосѣдки, Франціи, населеніе княжества высказалось въ пользу прусскаго короля. Побудительными причинами такого на первый взглядъ страннаго выбора были, во-первыхъ, отдаленіе короля — князя, у котораго вслѣдствіе этого не было возможности активно вмѣшиваться въ управленіе Невшателя, а во-вторыхъ, исповѣданіе имъ протестантской религіи[1]). Съ 1707 года Фридрихъ Гогенцоллернъ сталъ такимъ образомъ владѣть княжествомъ въ качествѣ «суверенаго принца Оранскаго, Невшательскаго и Валенгинскаго»; Невшательцамъ это было очень выгодно, такъ какъ обезпечивало имъ почти полную внутреннюю самостоятельность, и одновременно создавало нѣкоторую внѣшнюю защиту отъ посягательствъ Людовика XIV; дѣйствительно, послѣднему скоро пришлось признать нейтралитетъ Невшателя. Утрехтскій миръ закрѣпилъ окончательно за прусскимъ королемъ суверенныя права на Невшательскій столъ (1713 г.)[2]).

---

[1]) Выборъ Гогенцоллерна былъ, впрочемъ, не безъ нѣкотораго юридическаго обоснованія; Фридрихъ располагалъ извѣстными наслѣдственными притязаніями; послѣднія описаны напр. у H. J. F. Schulze, Die staatsrechtliche Stellung des Fürstenthums Neuenburg, Jena, 1854; см. главы X и XI и цит. у него литературу.

[2]) Соотвѣтствующіе акты передачи княжескаго престола Гогенцоллернамъ напечатаны у Шульце, о. с., Urkundenbuch, XIX, XX. См. также G. A. Stenzel, Geschichte der Europäischen Staaten, Bd. 3, s. 137 u. ff., Hamburg, 1841.

Digitized by Google

Прусскіе короли спокойно владѣли Невшателемъ около столѣтія, гарантируя ему полную автономію; князь былъ представленъ въ княжествѣ, какъ и прежде губернаторомъ и совѣтомъ (gouverneur et conseil d'Etat); согласно общераспространеннымъ теоріямъ того времени, въ рукахъ монарха сосредоточивались всѣ власти и функціи государства, власть политическая, законодательная (которою пользовались весьма рѣдко и только въ исключительныхъ случаяхъ), власть административная и судебная, равно и право надзора за коммунами; осуществлялась же власть князя черезъ посредство небольшой аристократической группы, нѣсколькими дворянскими семьями Невшателя; главнымъ органомъ княжества являлся Conseil d'Etat. Легко понять, что аристократамъ Невшателя подобная государственная организація представлялась весьма выгодной, вслѣдствіе чего они долгое время столь старательно и защищали права прусской короны. Необходимо помнить при этомъ, что и прочіе кантоны тогдашней Швейцаріи, управлялись количественно очень незначительными олигархіями (напр. Бернъ, Фрейбургъ, Золотурнъ, Люцернъ).

Наполеоновскія войны принесли съ собой много неожиданностей, между прочимъ, и для Невшательскаго княжества. Въ 1806 году оно было отнято у Пруссіи (ст. V Шенбрунскаго мирнаго договора, 5 декабря 1805 г.), и передано одному изъ любимцевъ Наполеона, начальнику его штаба, знаменитому Бертье[1]), который, впрочемъ, ни разу лично не посѣтилъ свои швейцарскія владѣнія; Невшательская олигархія, со смѣною князя и губернатора, продолжала попрежнему автономно управлять княжествомъ. Новый губернаторъ baron Lespérut, очень скоро убѣдился въ выгодахъ сохраненія прежняго порядка вещей, благодаря чему оказался незатронутымъ и государственный строй княжества; произошла лишь смѣна княжеской династіи, во главѣ-же управленія по старому оставался Conseil d'Etat[2]).

Паденіе Наполеона должно было неизбѣжно поднять вопросъ о дальнѣйшей судьбѣ княжества и о реставраціи Гогенцоллерновъ. Помня прежнія хорошія времена прусскаго режима XVIII столѣтія

---

[1]) Въ Невшательской исторической и юридической литературѣ долго существовалъ непримиримый споръ на счетъ того, была ли уступка Невшателя Наполеону со стороны Пруссіи добровольнымъ актомъ или нѣтъ, имѣлъ ли прусскій король право отказаться отъ княжества или не имѣлъ; намъ этотъ споръ представляется чисто политическимъ между реакціонерами-монархистами и республиканцами; въ настоящее время онъ утерялъ значеніе. См. напр. труды Piaget, de Chambrier, и мн. др. невшательцевъ.

[2]) См. напр. Hermann Schulze, o. c. S. 147; L. Grandpierre, Histoire du Canton de Neûchâtel sous les Rois de Prusse (Mémoires politiques), p. 25 et 5.

Digitized by Google

и имѣя въ виду свои личные интересы, совѣтъ поспѣшилъ предложить прусскому королю возстановить его сюзеренныя права надъ княжествомъ[1]), чѣмъ послѣдній непреминулъ воспользоваться[2]).

Дѣло, однако, оказалось не столь простымъ въ виду необходимости урегулировать отношенія Невшателя къ союзу Швейцарскихъ кантоновъ; многіе изъ кантоновъ (въ особенности Бернъ и Базель) стали энергично протестовать на включеніе Невшателя именно въ виду отношеній послѣдняго къ прусской коронѣ; присоединить Невшатель имъ всѣмъ хотѣлось, но кантоны боялись какъ огня вмѣшательства въ швейцарскія дѣла Берлинскаго правительства[3]); послѣ значительныхъ колебаній большинство кантоновъ высказалось 12 сентября 1814 года за принятіе Невшателя въ союзъ, оградивъ, однако, послѣдній отъ возможныхъ посягательствъ со стороны прусскихъ королей; такъ, между прочимъ, въ актѣ соединенія (acte de Réunion) мы находимъ спеціальную статью, согласно которой всѣ дѣла, касающіяся Швейцарскаго союза, равно ратификація и исполненіе постановленій Швейцарскихъ союзныхъ органовъ, будутъ подлежать вѣдѣнію органовъ, находящихся въ самомъ Невшателѣ (чѣмъ исключался король и его Берлинское правительство), при чемъ запрещено было требовать санкціи рѣшеній швейцарскихъ органовъ со стороны короля («concerneront exclusivement le gouvernement résidant à Neuchâtel, sans exiger aucune ratification, ni sanction ultérieure»; art. 1 de l'acte de Réunion de Neuchâtel avec la Suisse du 19 mai 1815).

Вѣнскій конгрессъ закрѣпилъ эти нормы, возстановивъ, съ одной стороны, сюзеренныя права прусскихъ королей надъ Невшателемъ, санкціонировавъ, съ другой, его присоединеніе на указанныхъ условіяхъ къ Швейцарскому союзу[4]). Благодаря всему этому получилась весьма оригинальная комбинація участія монархическаго княжества въ республиканской федераціи; правильно указывалъ еще Гервинусъ[5]), что этимъ создавался неизсякаемый источникъ всякихъ недоразумѣній и треній; другими словами, положеніе

---

[1]) Подробнѣе см. обширную переписку Chambrier d'Oleyres съ Берлинскимъ правительствомъ, напечатанную у Piaget, Histoire de la Révolution neuchâteloise.

[2]) См. акты, напечатанные у Шульце, о. с., стран. 281 и сл.: Adresse des quatre Bourgeoisies à S. M. le Roi de Prusse du 3 Février 1814, Réponse de S. M., Adresse des quatre Bourgeoisies du 21 Avril 1814, Acte d'abdication du Prince Alexandre Berthier du 3 Juin 1814 et Déclaration du Roi du 4 Juin 1814.

[3]) Эти чувства очень рельефно описаны въ мемуарахъ канцлера Триболе, Mémoires du Chancelier de Tribolet, 1819.

[4]) См. напр. J. J. Blumer, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes, Bd. I (3 Aufl.), S. 69 u. ff., Basel, 1891; H. Schulze, o. c., Cap. XVII.

[5]) G. G. Gervinus, Geschichte des Neunzehnten Jahrhunderts, Bd. I, S. 256, Leipzig, 1855.

Digitized by Google

оказалось въ общемъ маложизненнымъ; тотъ же король, который въ княжествѣ былъ почти самодержецъ (по крайней мѣрѣ по теоріи роялистовъ), въ отношеніи союза являлся чужимъ монархомъ далекаго сѣвернаго государства, не имѣвшимъ ни малѣйшаго права вмѣшиваться въ швейцарскія дѣла; само собою понятно, что это должно было способствовать росту чувства розни между Невшательскими монархистами и республиканцами; недаромъ пруссаки многихъ послѣдующихъ поколѣній считали величайшей ошибкой Пруссіи то, что она дозволила и допустила включеніе Невшателя въ Швейцарскій союзъ; по ихъ мнѣнію это явилось главнѣйшей причиной революцій 1831 и 1848 годовъ и послѣдовавшаго затѣмъ отпаденія княжества [1]) [2]).

Уже съ 1815 года въ Швейцарскихъ кантонахъ стало развиваться, притомъ весьма быстро и успѣшно, демократическое движеніе, охватывавшее все бо̀льшіе слои населенія. Въ Базелѣ, Невшателѣ и другихъ кантонахъ олигархіи еще нѣкоторое время сумѣли удержать власть въ своихъ рукахъ, но для большинства дальновидныхъ современниковъ было уже ясно, что такое положеніе продержится недолго и что олигархіямъ придется сдаться предъ натискомъ растущей демократіи [3]). Съ точки зрѣнія прусскихъ монархистовъ такой опасный привѣсокъ къ Прусской коронѣ, какимъ былъ теперь Невшатель, не представлявшій Пруссіи къ тому же особыхъ выгодъ, не могъ быть пріятнымъ и желательнымъ; для реакціонныхъ совѣтниковъ прусскаго короля Невшатель былъ постояннымъ memento mori и неудивительно поэтому, что въ концѣ концовъ они постарались отъ него отдѣлаться.

Революціонное движеніе 1831 года, развивавшееся подъ вліяніемъ французскихъ событій 1830 года, задѣло и Невшатель, но было скоро подавлено. Въ 1848 году оно возобновилось съ новой силой и настолько пошатнуло прусское владычество, что въ Берлинѣ сознали, что лучше добровольно отказаться отъ княжества, а то примѣръ демократическихъ институтовъ послѣдняго могъ оказаться лишь заразительнымъ для самихъ пруссаковъ.

Въ 1856 году невшательскіе монархисты попробовали было осуществить контръ-революцію, но были побиты; Наполеонъ III, воспользовавшись этимъ, предложилъ свои услуги въ качествѣ

---

[1]) Такого мнѣнія держался напр. Шульце, о. с., стран. 163 и 219.

[2]) Въ германской литературѣ госуд. права иногда успѣшно проводилось сравненіе положенія Невшателя съ положеніемъ Ганновера, бывшаго одновременно членомъ германской федераціи и имѣвшаго «чужого», внѣ-живущаго, короля (Англіи); крупнымъ различіемъ было, однако, то, что Германскія государства были монархіями.

[3]) См. напр. H. v. Treitschke, Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert, T. V (3 Aufl.), S. 726 (Staatengeschichte der neuesten Zeit, Bd. 28).

Digitized by Google

посредника, созвавъ въ Парижѣ особую конференцію. Договоръ, подписанный 26 мая 1857 года, разрѣшилъ дѣло мирнымъ образомъ; прусскій король, наконецъ, отказался отъ своихъ правъ на княжество, которое было теперь признано республикой и самостоятельнымъ кантономъ, членомъ швейцарской федераціи; монархистамъ же, участвовавшимъ въ контръ-революціяхъ, была гарантирована амнистія [1]). Этимъ былъ положенъ конецъ ненормальному совмѣщенію монархическаго принципа съ участіемъ кантона въ республиканской федераціи.

Таковъ въ краткихъ словахъ внѣшній ходъ событій, пережитыхъ Невшателемъ въ эпоху существованія суверенитета прусской короны. Интересно отмѣтить, что созданная въ 1814 году и закрѣпленная Вѣнскимъ конгресомъ аномалія обращала на себя за предѣлами самого Невшателя очень мало вниманія; какъ историки, такъ и государствовѣды оставались равнодушными, несмотря на совершенно исключительныя условія существованія уніи Пруссіи съ Невшателемъ; объясненіе этому можно найти развѣ въ томъ фактѣ, что самъ Невшатель никогда не игралъ какой-либо важной политической роли въ исторіи Европейскихъ государствъ.

2.

Конституціонная хартія Невшателя была подписана Фридрихомъ-Вильгельмомъ III 18 іюня 1814 года [2]) .Во введеніи говорится, что, возстановляя прежній порядокъ вещей, прусскій король вмѣстѣ съ тѣмъ считался съ новыми соціальными условіями и съ необходимостью присоединенія княжества къ Швейцарскому союзу. Ст. 1 сохраняетъ за королемъ суверенитетъ надъ княжествомъ со всѣми сопряженными съ нимъ привилегіями и доходами, но безъ права передачи таковыхъ младшимъ потомкамъ; ст. 2 обезпечиваетъ княжеству религіозную свободу, признавая, однако, протестантскую церковь главенствующей; ст. 3 гарантируетъ свободу передвиженія; согласно ст. 4 гражданскія и военныя должности въ княжествѣ могутъ быть занимаемы лишь природными невшательцами; исключеніе допущено только для должности губернатора; судьямъ обезпечена несмѣняемость. За королемъ сохранено право изданія полицейскихъ постановленій (réglements de police, art. VII); затѣмъ

---

[1]) См. напр. J. C. Bluntschli, Geschichte des Schweizerischen Bundesrechtes, Bd. I, 1875 (2 Auf.), S. 203—206, 540; G. A. Matile, Monuments de l'histoire de Neuchâtel; Chambrier, Histoire de Neuchâtel et Valengin.

[2]) Она напечатана въ Recueil de pièces officielles concernant la principauté de Neuchâtel et Valangin, T. I, p. 235—243; также у Шульце, о. с., стран. 286—292 въ «Europäische Annalen,» Jahrgang 1814, Bd. IV, S. 298 u. ff., Tübingen 1814.

Digitized by Google

идутъ статьи, обезпечивающія свободу торговли, неприкосновенность личности и др.; подати могутъ быть устанавливаемы лишь закономъ. Ст. 11 вводитъ общую воинскую повинность, но оговаривая, что Невшательскія войска могутъ быть употребляемы только на защиту княжества и для нуждъ федераціи, чѣмъ слѣдовательно исключалась возможность ихъ вызова для нуждъ Пруссіи; военная служба регулируется указами короля; кромѣ общихъ полковъ, учрежденъ былъ особый гвардейскій батальонъ въ составѣ 400 чел., который предоставлялся въ полное распоряженіе короля. Ст. 14 возстановляла древній сословный сеймъ въ лицѣ Audiences-Générales, подробности положенія коего должны были регулироваться особымъ закономъ. Наконецъ, послѣдняя ст. 15 сохраняла въ силѣ всѣ существующіе законы и административныя распоряженія.

Первое, что бросается въ глаза, при просмотрѣ хартіи, это ея недоговоренность и краткость; государственный строй княжества не регулируется ею въ подробностяхъ, а лишь санкціонируется уже существующій; въ частности это касается правъ и привилегій короля-князя. Для точнаго опредѣленія конституціи Невшателя необходимо, слѣдовательно, имѣть въ виду прежнее его государственное устройство. Невшатель по старому былъ раздѣленъ на четыре «буржуазіи» (les quatre Bourgeoisies), разсматривавшіяся, согласно средневѣковымъ традиціямъ, какъ правовыя корпораціи («Corps juridiques»). Каждая изъ этихъ буржуазій собиралась въ извѣстное время года для рѣшенія общественныхъ дѣлъ; онѣ имѣли право представлять о своихъ трудахъ князю; фактически же дѣлами каждой изъ нихъ (Neuchâtel, Landeron, Boudrid, Valangin) заправляла небольшая олигархическая группа семей, державшая крѣпко въ своихъ рукахъ все политическое вліяніе.

Во главѣ княжества, какъ и прежде, стоялъ губернаторъ, представитель князя-короля [1]); онъ осуществлялъ всѣ функціи и обязанности монарха, созывалъ и предсѣдательствовалъ въ государственномъ совѣтѣ, подписывалъ всѣ государственные акты и законы, паспорта и правительственныя декларацiи, начальствовалъ надъ войсками, назначалъ должностныхъ лицъ и т. п. Административная и правительственная власть находилась въ рукахъ государственнаго совѣта, Conseil d'Etat, также древняго невшательскаго учрежденія; члены совѣта назначались княземъ, безъ ограниченія ихъ числа [2]); обычно имѣлось 22 члена, при чемъ лишь 21 получалъ жалованье.

---

[1]) Во времена французскаго владычества иногда назначались и вице-губернаторы; въ эпоху прусскаго владычества этого не случалось.

[2]) Иногда встрѣчались примѣры назначенія «почетныхъ», неприсутствующихъ членовъ совѣта.

Digitized by Google

Въ рукахъ совѣта была сосредоточена не только административная, но и судебная власть; совѣтъ назначалъ судей, имѣлъ надзоръ за отправленіемъ правосудія и дѣятельностью судовъ княжества и т. д.; онъ являлся, кромѣ того, высшимъ полицейскимъ органомъ, пользуясь правомъ изданія обязательныхъ постановленій. Ему же было предоставлено право «охраненія привилегій князя», въ родѣ, напримѣръ, права сдачи въ аренду княжескихъ охотъ и рыбныхъ ловль, горныхъ промысловъ и др. регалій, чеканки монеты, охраны государственной территоріи и государственныхъ имуществъ. Высшее финансовое управленіе княжества находилось также въ рукахъ совѣта, подъ контролемъ коего работала счетная палата (Chambre des Comptes). Наконецъ, подъ надзоромъ совѣта находились Общины и Церковь.

Должностными лицами княжества были канцлеръ, завѣдывавшій перепиской совѣта и князя, генералъ-прокуроръ, охранявшій законность, генералъ-казначей, генералъ-коммисаръ, завѣдывавшій доходами княжества и архивами, прокуроръ Валенгина, генералъ-адвокатъ, являвшійся представителемъ интересовъ князя и государства въ судахъ, секретарь государственнаго совѣта, и, наконецъ, начальники юрисдикцій (Chefs de Jurisdiction) или главные судьи 22 суд. округовъ (Jurisdictions).

Король являлся главнымъ начальникомъ мѣстныхъ войскъ, назначая непосредственно командующаго генерала; прочіе офицеры назначались губернаторомъ; въ вопросахъ внутренней организаціи военныхъ силъ, Невшатель долженъ былъ подчиняться общимъ требованіямъ Швейцарскаго союза, а не Пруссіи; исключеніе и въ этомъ отношеніи составлялъ гвардейскій батальонъ, находившійся въ непосредственномъ распоряженіи короля.

Въ международныхъ сношеніяхъ король былъ сильно ограниченъ фактомъ участія княжества въ Швейцарской федераціи, которой одной было предоставлено рѣшать вопросы мира и войны и международныхъ союзовъ; только въ экономическихъ и полицейскихъ вопросахъ были кантоны самостоятельны и только иногда слѣдовательно могъ король-князь дѣйствовать свободно. Именно въ этой области мы находимъ уже упомянутое выше наиболѣе значительное ограниченіе власти прусскаго короля, не имѣвшаго права вовсе вмѣшиваться въ швейцарскія союзническія дѣла; всякое дѣло, касавшееся въ какомъ-либо отношеніи союза, должно было рѣшаться въ Невшателѣ, безъ санкціи и участія короля [1]).

Другое ограниченіе королевской власти заключалось въ обязанности назначать на государственныя должности лишь природныхъ

[1]) См. напр. A. Piaget, La session de Neuchâtel, 1912, p. 64.

Digitized by Google

невшательцевъ. Королю принадлежали обычныя права помилованія и возведенія въ дворянство, равно награжденія титулами и знаками отличія. Король, далѣе, пользовался особыми доходами отъ княжества, что впослѣдствіи составило главный источникъ недовольства республиканцевъ и революціонеровъ.

Сословный сеймъ, не созывавшійся въ княжествѣ съ 1618 года, былъ возстановленъ Регламентомъ 26 декабря 1814 года и эдиктомъ 10 января 1816 года. Онъ долженъ былъ созываться губернаторомъ не рѣже, чѣмъ разъ въ два года; пропозиціи предлагались ему отъ имени князя генералъ-прокуроромъ [1]); затѣмъ происходило обсужденіе этихъ пропозицій; депутаты представляли, однако, не отдѣльныя сословія, а весь народъ, что ясно вытекаетъ изъ формы ихъ присяги; ни одинъ законъ не могъ быть изданъ, измѣненъ или отмѣненъ иначе какъ съ согласія сейма, но у короля имѣлось право veto или отказа въ санкціи законопроекта. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ сеймъ могъ обсуждать и общія союзныя дѣла. Составъ сейма былъ очень своеобразенъ; въ него включались: 10 старшихъ членовъ государственнаго совѣта, 14 нотаблей (изъ коихъ 4 были духовныя лица, назначаемыя королемъ), старшіе судьи (не болѣе 24), и 30 выборныхъ членовъ, избираемыхъ, какъ и нотабли, пожизненно; сеймъ почти всегда находился въ полной зависимости отъ государственнаго совѣта. Такой порядокъ просуществовалъ до 1831 года, когда послѣ революціи былъ значительно усиленъ представительный элементъ [2]).

Фактически вся власть и политическое вліяніе сосредоточивались въ рукахъ мѣстной олигархіи, пользовавшейся главнымъ образомъ услугами государственнаго совѣта [3]). Сеймъ въ томъ видѣ, въ коемъ онъ оказался возстановленнымъ въ 1814 году, не могъ быть самостоятельнымъ и не оказывалъ серьезнаго вліянія на политику правительства; онъ былъ скорѣе громоотводомъ и ширмой, за кои прятался совѣтъ; къ элементамъ зависимости сейма слѣдуетъ прибавить указанный выше способъ созыва и право обсужденія лишь тѣхъ пропозицій, которыя предлагало правительство.

Судебная власть была организована слѣдующимъ образомъ: судебный надзоръ находился въ рукахъ государственнаго совѣта; затѣмъ, высшимъ аппеляціоннымъ судомъ являлся Tribunal des Trois-Etats, а подчиненными ему судами—окружные суды (Juridictions). Валенгинъ имѣлъ свой собственный высшій судъ. Оба

---

[1]) Подробнѣе см. «Réglement sur la manière de délibérer des Audiences générales du 17 Juin 1818».

[2]) О сеймѣ см. напр. H. Schulze, o. c., cap. 6, S. 58 u. ff.

[3]) См. напр. Grandpierre o c. ch. XI et s.

Digitized by Google

высшихъ суда засѣдали подъ предсѣдательствомъ губернатора; въ составъ ихъ входили: по 4 предсѣдателя (présidents) государственнаго совѣта, въ Невшателѣ — 4 шателена, а въ Валенгинѣ — 4 мэра, въ Невшателѣ — 4 судьи — представители буржуазіи, а въ Валенгинѣ — 4 начальника юстиціи (chefs de J.). Мы видимъ, слѣдовательно, что и въ высшихъ судахъ правительство располагало хорошо обезпеченнымъ большинствомъ голосовъ.

Остается упомянуть о способѣ, коимъ была установлена конституція 1814 года. Среди Невшательскихъ историковъ и юристовъ долго существовалъ ожесточенный споръ о значеніи актовъ, данныхъ прусскимъ королемъ, какъ въ 1806 году, такъ и въ 1814 году. Правильной, по нашему, является точка зрѣнія, согласно которой акты 1814 года суть слѣдствія «завоеванія»; прусское владычество было возстановлено силою оружія послѣ паденія Наполеона; такимъ образомъ новыя полномочія прусской короны были основаны на правѣ завоеванія, хотя королемъ expressis verbis подтвержденъ былъ существовавшій прежде государственный строй княжества. Воля Невшательскаго народа играла весьма малую роль въ совѣтахъ сѣверныхъ монарховъ и еще меньше на Вѣнскомъ конгрессѣ; такое весьма малое значеніе имѣло торопливое предложеніе государственнаго совѣта Невшателя, сдѣланное Фридриху Вильгельму; оно явилось лишь облегчающимъ политическимъ обстоятельствомъ, не имѣвшимъ юридическаго значенія, отказъ же Бертье отъ его правъ на княжество былъ вынужденъ силою оружія; съ точки зрѣнія права слѣдовательно имѣетъ значеніе лишь фактъ завоеванія[1]). Прусская литература, однако, не довольствовалась этимъ, а стремилась установить, кромѣ того, «договорное право» прусскихъ королей[2]), «eine vertragsmässige Succession», ярко отражающее тогдашнее монархическое понятіе «собственности монарха на подвластныя ему земли и княжества», согласно этому послѣднему взгляду Фридрихъ-Вильгельмъ получилъ свои права на Невшатель, кромѣ завоеванія, и черезъ посредство акта отказа Бертье, подписаннаго въ Парижѣ 3 іюня 1814 года и санкціонированнаго затѣмъ Вѣнскимъ актомъ 1815 года[3]).

Что же касается юридическаго значенія Вѣнскаго акта, то оно заключается въ закрѣпленіи въ международно-правовомъ отношеніи права прусскихъ королей на Невшатель; съ другой стороны,

---

[1]) Этого взгляда держалось подавляющее большинство современниковъ невшательцевъ; Grandpierre, Guinand (Fragments neuchâtelois, XI), Vattel (Droit des gens, T. II, ch. 13) и мн. др.

[2]) Напр. H. Schulze, o. c., стран. 149; J. L. Klüber, Droit des gens moderne, S. 255 и др.

[3]) Тексты актовъ напечатаны у Шульце, приложенія XXIV—XXVIII.

Digitized by Google

Вѣнскій актъ санкціонировалъ включеніе княжества въ Швейцарскую федерацію, ограничивъ этимъ въ значительной мѣрѣ власть короля-князя. Актъ этотъ регулировалъ такимъ образомъ внѣшнее положеніе Невшателя.

3.

Установленная актами 1814 года связь Невшателя съ Пруссіей обращала на себя весьма малое вниманіе теоретиковъ-государствовѣдовъ. Долгое время, съ легкой руки Германа Шульце (о. с., стран. 184 и сл.), въ литературѣ просто повторялось, безъ какихъ-либо доказательствъ, что между княжествомъ и Пруссіей существовала личная унія. Никто, конечно, не могъ отрицать, что Невшатель представлялъ собой государство, а не какую-нибудь провинцію, окрайну, край или т. п.; въ государственномъ строѣ княжества имѣлись налицо всѣ необходимыя по понятіямъ XIX вѣка реквизиты государственности, самостоятельная и автономная государственная власть, отдѣльная территорія, населенная народомъ, не имѣвшимъ ничего общаго съ пруссаками, независимые отъ Пруссіи государственные органы, составляемые изъ гражданъ самого Невшателя, наконецъ, и свое собственное понятіе подданства. Все это въ сильной мѣрѣ способствовало признанію связи съ Пруссіей лишь личной уніей княжества съ королемъ («Rechtsbeziehungen zu Preussen und zum preussischen Königshause»[1]); при этомъ связь эта была не временной, а постоянной; юридически она обосновывалась, кромѣ того, и тождествомъ права престолонаслѣдія, благодаря которому прусскій король ео ipso долженъ былъ впредь быть невшательскимъ княземъ. Совершенно такое же построеніе находимъ мы и у Rönne, другого идеолога прусской государственности середины минувшаго вѣка [2]). Въ такомъ видѣ вопросъ былъ воспринятъ и позднѣйшей литературой государственнаго права, безъ какой-либо критической провѣрки; всюду, гдѣ говорилось о личныхъ уніяхъ, упоминалось голословно и объ уніи Невшателя съ прусской короной; такъ напр. въ двухъ словахъ упоминаютъ о ней Ульманъ (E. Ullmann, Völkerrecht, 1898 г.) и даже Еллинекъ (Lehre von den Staatenverbindungen, 1882 г., стран. 87, прим. 8).

[1]) «Das Verhältniss Neuenburg's zu Preussen ist das der reinsten Personalunion; das einzige Band dieser an sich getrennten Staatskörper ist die Person des Monarchen», говоритъ Шульце, стран. 184.

[2]) «Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie», Bd. I (Leipzig, 1864), Th. I, Abt. I, S. 32, примѣч. I, стран. 124. «Eine Verbindung unter einem Herrscher, welcher in beiden Gebieten zur Regierung durch das Succession-Gesetz berufen ist». Въ отд. 3-мъ Рённе даетъ подробную исторію территорій Прусской монархіи, съ указаніемъ обширной тогдашней литературы вопроса. См. также: Hottinger, Neuenburg in seinen geschichtlichen und Rechtsverhältnissen zu der Schweiz und zu Preussen, 1853.

Digitized by Google

На неправильность подобной упрощенной формулы было указано мимоходомъ профессоромъ бар. Б. Э. Нольде, сославшимся при этомъ на текстъ ст. 23 Вѣнскаго акта[1]); «Король прусскій, его наслѣдники и преемники, читаемъ мы тамъ, будутъ имѣть какъ и прежде въ полномъ державномъ владѣніи и собственности княжество Невшатель и графство Валенгинъ»; связь такимъ образомъ установилась не съ прусскимъ королемъ, а съ прусской короной; у Невшателя не существовало вовсе какихъ-либо «собственныхъ» законовъ престолонаслѣдія, чѣмъ опровергается вышеприведенное мнѣніе Шульце о «параллельномъ» престолонаслѣдіи; съ другой стороны необходимо имѣть въ виду, что по тогдашнимъ понятіямъ король не былъ отдѣлимъ отъ короны и все принадлежащее государству принадлежало ему лично и vice versa; побѣдители Наполеона, возстановляя права Фридриха Вильгельма, eo ipso имѣли въ виду и саму Пруссію и ея «вознагражденіе». Наконецъ имѣлся еще одинъ связующій элементъ въ лицѣ прусскаго губернатора Невшателя; сама конституція 1814 года указывала, что губернаторъ былъ не невшательскій гражданинъ, а «внѣшній» (чужестранный) представитель короля. Такимъ образомъ получалась гораздо болѣе прочная, чѣмъ личная унія, связь княжества съ Пруссіей. Отцы актовъ 1814 года стремились установить именно прочную, постоянную связь, но въ тѣ времена всякое увеличеніе государства или государственной власти разсматривалось какъ естественное увеличеніе личной власти короля или вѣрнѣе даже его «имущества» властвованія. Имъ очень много помогло то обстоятельство, что въ Невшательскомъ вопросѣ приходилось лишь возстановлять старые институты, а не создавать новые, а институты эти носили средневѣковый характеръ, тѣхъ временъ, когда вся государственная власть разсматривалась дѣйствительно какъ «княжеское имущество» какъ въ прежнія времена, еще задолго до эпохи перваго прусскаго владычества надъ княжествомъ, такъ и теперь имѣлось въ виду «владѣніе», а не только властваніе короля-князя.

Въ этомъ отношеніи и произошло нѣкоторое «возстановленіе владѣнія», оказавшееся къ несчастью довольно не современнымъ и потому маложизненнымъ, что блестяще было подтверждено послѣдующими революціонными событіями. Но рядомъ со старыми монархическими институтами были созданы и новые, явившіеся нѣкоторыми поправками и уступками времени. Къ числу таковыхъ мы относимъ гражданскую свободу, торжественно обѣщанную хартіей прусскаго короля, а въ особенности институтъ народнаго

---

[1]) Постоянно нейтральное государство, С.-Пб. 1905 г., стран. 375 и слѣд.

Digitized by Google

представительства, организованный довольно своеобразно въ лицѣ сейма (Audiences générales), стѣсненный и ограниченный, но все же обоснованный на новомъ для той эпохи принципѣ участія народа въ законодательствѣ.

Идея возстановленія связи Невшателя съ Пруссіей принадлежала сѣвернымъ монархамъ, участникамъ Священнаго Союза. Дѣло, однако, не обстояло столь просто, какъ представляютъ его себѣ невшательскіе историки [1]); это не было вовсе, какъ они думаютъ, случайнымъ и спонтаннымъ актомъ побѣдителей Наполеона, которымъ невшательскій государственный совѣтъ напомнилъ о княжествѣ и предложилъ подчиненіе прусской коронѣ; невшательскими историками вовсе не принимается во вниманіе психологія монарховъ и ихъ совѣтниковъ, рѣшавшихъ въ Вѣнѣ судьбы Европы; между тѣмъ нѣтъ сомнѣнія, что эта психологія сыграла видную роль въ невшательскомъ вопросѣ.

На Вѣнскомъ конклавѣ, какъ хорошо извѣстно, первую роль игралъ Александръ Павловичъ. Послѣднему же идеи, положенныя въ основаніе конституціи и хартіи 1814 года, были хорошо знакомы.

Современникамъ тѣхъ событій представлялось два неразрѣшимыхъ, загадочныхъ вопроса, повторяемыхъ въ большинствѣ невшательскихъ мемуаровъ [2]), а именно: откуда взялась идея возстановленія давно забытыхъ Audiences générales и какова была цѣль подобнаго возстановленія института народнаго представительства въ эпоху, когда монархи повидимому старались забыть о народномъ суверенитетѣ 1789 года, а во-вторыхъ, откуда шла идея дарованія невшательцамъ конституціонной хартіи съ обезпеченіемъ имъ правъ гражданской свободы? Повторяемъ, съ точки зрѣнія невшательцевъ оба эти вопроса представляются совершенно неразрѣшимыми загадками и такъ и остаются по сей день безъ должнаго отвѣта.

Если обратить однако вниманіе на другую сторону исторіи актовъ 1814—1815 гг., на событія, разыгрывавшіяся въ Вѣнѣ, мы получимъ довольно легкій отвѣтъ на нихъ: разгадка заключается во вліяніи Александра I и его политическихъ идеаловъ. Въ эпоху Вѣнскаго конгресса онъ еще не находился полностью подъ пагубнымъ вліяніемъ Меттерниха и не отказывался еще окончательно

---

[1]) См. Piaget. Introduction à l'histoire de la révolution neuchâteloise 1909; de Tribolet, Histoire de Neuchâtel et Valangin, 1846; Guinand, Fragments neuchâtelois; F. de Chambrier, Mensonges historiques sur Neuchâtel, 1880; Numa Droz, La République neuchâteloise, 1898; Majer, Geschichte des Fürstenthums Neuenburg; J. Meyer, Geschichte des Schweizerischen Bundesrechts и др.

[2]) Напр. Grandpierre, о. с., стран. 72 и 49; Guinand, о. с., и нѣк. др.

Digitized by Google

отъ своихъ конституціонныхъ идеаловъ. Вѣдь, какъ разъ ему и въ тѣ же годы обязана была Польша своею конституціей и сеймомъ. Прусскій король, по всей вѣроятности, мало задумывался надъ вопросомъ о невшательскомъ представительствѣ, какъ правильно полагаютъ тамошніе историки, но Александръ считалъ нужнымъ установленіе этого института, а Фридрихъ-Вильгельмъ принужденъ былъ подчиняться волѣ русскаго литератора. Оттуда же проистекала идея дарованія княжеству конституціонной хартіи, ограничившей власть прусскаго короля.

Подробности участія Александра въ разрѣшеніи невшательскаго вопроса совершенно еще не выяснены исторической наукой; но уже двѣ указанныхъ основныхъ мысли подтверждаютъ фактъ его вліянія на Фридриха-Вильгельма. Ближайшее знакомство съ невшательскими актами 1814—1815 гг. выясняетъ одинъ знаменательный фактъ—ихъ огромное сходство въ основныхъ чертахъ съ конституціей Финляндіи 1809 года. Дѣйствительно, въ обоихъ случаяхъ народъ дѣлится на четыре сословія, съ обезпеченіемъ главенства и тутъ и тамъ небольшой олигархической группѣ; далѣе, монархъ-князь живетъ внѣ государства, находясь одновременно во главѣ бо́льшаго государства, отъ коего меньшее въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ зависитъ; единство монарха обезпечивается закономъ о престолонаслѣдіи; крупнымъ различіемъ, однако, является постановка вопроса о внѣшнихъ сношеніяхъ: тогда какъ въ Финляндіи вѣдомство этихъ дѣлъ предоставлено было полностью русскому монарху, въ Невшателѣ прусскій король былъ ограниченъ тѣмъ фактомъ, что княжество одновременно участвовало въ швейцарской федераціи и зависѣло отъ послѣдней во многихъ вопросахъ внѣшней политики. Большое сходство мы находимъ и въ способѣ представительства князя-монарха; такъ какъ въ обоихъ случаяхъ монархъ находился постоянно внѣ государства, то личность его была представлена въ самомъ княжествѣ губернаторомъ, стоявшимъ во главѣ исполнительной власти, предсѣдательствовавшимъ въ совѣтѣ, назначавшимъ должностныхъ лицъ и т. д., совершенно аналогично положенію финляндскаго генералъ-губернатора того времени; существенной гарантіей обоихъ княжествъ являлось аналогичное постановленіе о мѣстныхъ чиновникахъ, кои могли назначаться исключительно изъ гражданъ даннаго княжества, чѣмъ таковыя ограждались отъ наплыва чужестранцевъ и отъ злоупотребленій чужой для нихъ государственной власти; подобную же гарантію мы находимъ и въ нормахъ, регулировавшихъ положеніе мѣстныхъ войскъ, которыя могли быть употребляемы лишь для защиты даннаго княжества; Пруссія не могла вызывать невшатель-

Digitized by Google

скія войска для какихъ-нибудь собственныхъ нуждъ или войнъ. Еще большія черты сходства имѣются въ организаціи двухъ главнѣйшихъ органовъ княжествъ: государственнаго совѣта и сейма; въ Невшателѣ, какъ и въ Финляндіи, вся административная и судебная власть сосредоточивалась въ рукахъ совѣта, находившагося подъ предсѣдательствомъ губернатора; интересно даже совпаденіе названія этого высшаго органа и совмѣщеніе въ его вѣдомствѣ съ прочими функціями высшаго судебнаго надзора. Такое же удивительное сходство находимъ мы и въ положеніи законодательнаго органа княжествъ: въ обоихъ случаяхъ была та же зависимость отъ правительства, тотъ же недостатокъ иниціативы, тѣ же правительственныя пропозиціи, та же законоохранительная дѣятельность прокурора, наконецъ и то же малое политическое вліяніе.

Столь многія и столь существенныя черты сходства, конечно, не могутъ быть объясняемы однимъ лишь случайнымъ совпаденіемъ. Съ другой стороны, почти буквально то же самое можетъ быть повторено и относительно польской конституціи, дарованной Александромъ въ ту же эпоху. Но, да не подумаетъ читатель, что мы хотимъ сказаннымъ установить полное тождество этихъ конституцій или прямое заимствованіе институтовъ изъ одной въ другую[1]). Мысль наша сводится лишь къ указанію на сходство главныхъ идей, положенныхъ въ основаніе этихъ конституцій, свидѣтельствующее, что акты эти вышли изъ одной и той же лабораторіи, созданы одними и тѣми же лицами, во главѣ коихъ несомнѣнно стоялъ Александръ Павловичъ. Сходство названныхъ конституцій объясняется тремя общими причинами: 1) возстановленіемъ одинаковыхъ институтовъ прежняго времени, со включеніемъ средневѣкового понятія сословнаго представительства, 2) сходствомъ конструкціи отношеній меньшаго государства къ большему и къ монарху послѣдняго, и 3) общей политической программой творцовъ этихъ актовъ. Съ другой стороны, указанное сходство подтверждаетъ намъ тотъ фактъ, что данныя, какъ политическая комбинація, такъ и теоретическая конструкція, не были случайными выдумками, а результатомъ продуманной именно Александромъ системы.

Въ основу конституцій была заложена нѣкоторая знаменательная двойственность. Съ одной стороны мы находимъ почти средне-

---

[1]) Нельзя упускать изъ виду, что наиболѣе существенной чертой различія между Финляндіей и Невшателемъ, конечно, являлось участіе послѣдняго въ Швейцарской федераціи; таковое придавало Невшателю значительно бо́льшую самостоятельность, а впослѣдствіи оттуда проистекли революціонныя и сепаратистическія вліянія, приведшія къ разрыву связи съ Пруссіей.

Digitized by Google

вѣковое отождествленіе государства съ монархомъ, широкія личныя привилегіи князей, съ другой — уступку вліяніямъ времени возстановленіемъ нѣкоторой формы народнаго представительства, правда, ограниченнаго, урѣзаннаго, стѣсненнаго со всѣхъ сторонъ, но все же отражавшаго новую для того времени связь правительства съ народомъ. Здѣсь опять-таки приходится отмѣтить, что именно данная двойственность и противорѣчивая формула государственности была излюбленной идеей Александра.

Необходимо также указать и на другую основную черту этихъ конституцій: мы имѣемъ въ виду тождественный характеръ установленной ими связи меньшаго государства съ бо́льшимъ; таковая была создана въ лицѣ монарха бо́льшаго государства; здѣсь и только здѣсь находился весь центръ тяжести этой формы единенія, чѣмъ легко объясняется послѣдующая общая ошибка государствовѣдовъ, считавшихъ данные примѣры единенія личными уніями; изслѣдователями, историками, какъ и юристами, не учитывалось одно очень важное обстоятельство: какъ мы уже не разъ указывали, въ ту эпоху не произошло еще отдѣленія личности монарха отъ государства и менѣе всего подобное отдѣленіе приходило въ голову упомянутымъ правителямъ Сѣвера. Благодаря существовавшей тогда столь еще тѣсной связи монарха съ государствомъ, невольно получилась гораздо болѣе тѣсная связь и съ присоединенными къ данной «коронѣ» владѣніями-княжествами; соединеніе Невшателя съ Пруссіей, какъ и унія Финляндіи съ Россіей получили вслѣдствіе этого болѣе тѣсный характеръ, чѣмъ личная и потому случайная унія двухъ государствъ [въ коихъ произошло случайное совпаденіе (communio incidens) правъ на престолъ одного и того же монарха (Кокошкинъ)].

Такимъ образомъ выработалось совершенно своеобразное понятіе реальной уніи, въ которой составныя части не были равны и равнозначущи, а одна изъ нихъ являлась меньшей, болѣе стѣсненной въ осуществленіи государственныхъ функцій, чѣмъ другая, бо́льшая и самодовлѣющая. Источникомъ этой комбинаціи были: 1) завоеваніе и 2) международное соглашеніе, закрѣпленное Вѣнскимъ актомъ; единеніе этихъ двухъ государствъ выражалось въ цѣломъ рядѣ институтовъ, въ центрѣ коихъ стоялъ общій монархъ, представителемъ же его въ княжествѣ, осуществлявшимъ тамъ его функціи, былъ губернаторъ, назначаемый изъ Берлина[1]); гарантирована была эта унія правовыми обязательствами, возложенными

[1]) Невѣрно полагаетъ Еллинекъ «dass in der Regel auch keine Institutionen vorhanden sind, in denen eine Gemeinsamkeit zum Ausdrucke kommen könnte»; «Allg. Staatslehre», 1900, S. 685.

Digitized by Google

актами 1814—1815 годовъ на обѣ стороны; Невшатель былъ принужденъ признать правомочія Прусской короны, а послѣдняя была строго ограничена тѣмъ, что́ ей было предоставлено хартіей и конституціей 1814 года и Вѣнскимъ актомъ 1815 года. Отъ современнаго понятія реальной уніи унія Невшателя съ Пруссіей 1814 года отличалась указаннымъ выше неравенствомъ составныхъ частей [1]); подобная конструкція по самому своему существу должна была имѣть временный, преходящій характеръ; при неравенствѣ частей не могло установиться постояннаго равновѣсія, вслѣдствіе чего силою необходимости должно было либо развиваться увеличеніе самостоятельности меньшей части (что на самомъ дѣлѣ и имѣло мѣсто какъ въ Невшателѣ, такъ и въ Финляндіи), либо сокращеніе автономіи, вплоть до полнаго подчиненія меньшей части бо́льшей. Такова политическая судьба названной неестественной формы реальной уніи начала XIX вѣка, формы, въ коей еще чрезвычайно сильно отзывается дѣйствіе остатковъ идей и институтовъ ancien regime XVII и XVIII столѣтій [2]). Конструкція уніи 1814 года могла функціонировать лишь постольку, поскольку были налицо поименованныя выше условія: съ одной стороны, пока еще не вымерла окончательно идея отождествленія государства съ монархомъ, а съ другой, доколѣ могли мирно уживаться отмѣченныя противорѣчія новой идеи народнаго представительства съ прежнимъ понятіемъ монархическаго абсолютизма. Какъ только, къ серединѣ прошлаго вѣка, первая идея умерла, а народное представительство одержало полную побѣду надъ абсолютизмомъ, такъ неизбѣжно должна была вымереть, либо преобразоваться и указанная форма уніи Невшателя съ Пруссіей.

Очень характерно для подобнаго рода соединенія государствъ, что при немъ не имѣется общности политической жизни частей уніи; каждая изъ нихъ развивается совершенно самостоятельно.

Историческое значеніе разобранныхъ нами основныхъ идей, заложенныхъ въ основаніе Невшательскихъ актовъ 1814—1815 гг., сводится еще и къ слѣдующему; изученіе ихъ, по нашему крайнему разумѣнію, должно быть положено фундаментомъ для разработки исторіи финляндской конституціи 1809 года, да и всей Александровской эпохи. Повторяемъ, элементы сходства Невшательской и Финляндской конституцій — вовсе не случайное явленіе, наоборотъ, они ясно показываютъ, что мы имѣемъ дѣло съ нѣкоторыми основ-

---

[1]) Ср. съ конструкціей проф. Германсона уніи Финляндіи съ Россіей.

[2]) См. напр. Iellinek, Lehre von den Staatenverbindungen, S. 137 ff., Recht des modernen Staates, Staatenverbindungen, Kap. 21, Oberstaat und Unterstaat.

Digitized by Google

ными идеями политическаго міросозерцанія той эпохи вообще и Александра I въ частности; тогда считалось, напр., вполнѣ допустимымъ соединеніе двухъ неравныхъ государствъ, при сохраненіи каждому изъ нихъ полнѣйшей государственной самостоятельности.

Въ обоихъ указанныхъ примѣрахъ мы имѣемъ созданный политическою жизнью начала прошлаго вѣка первый шагъ къ гораздо болѣе сложнымъ формамъ государственнаго единенія конца XIX столѣтія.

Проф. *С. А. Корфъ*.

Digitized by Google

Конституціонный кризисъ въ Соединенныхъ Штатахъ[1].

«Если, по мнѣнію народа распредѣленіе властей въ какомъ-либо отношеніи неправильно, то пусть оно будетъ измѣнено способомъ, предусмотрѣннымъ конституціей, но пусть не будетъ измѣненій посредствомъ узурпаціи, такъ какъ это-то обычное оружіе, посредствомъ котораго разрушаются свободныя правительства»[2]. Эти слова составляютъ политическое завѣщаніе Вашингтона, оставленное имъ будущимъ поколѣніямъ.

Но на протяженіи XIX вѣка послѣдующія поколѣнія не смогли до конца выдержать приведеннаго завѣщанія Вашингтона. Правда, основные принципы, выработанные филадельфійскимъ конвентомъ, оказались даже болѣе живучими, чѣмъ того могли ожидать сами «отцы конституціи»; правда, ни федеральная власть не свела къ нулю компетенціи отдѣльныхъ штатовъ, ни отдѣльные штаты тѣмъ болѣе не обезсилили федеральной власти; не оказались болѣе правдоподобными и другія взаимно другъ другу противорѣчащія опасенія, что президентъ явится всемогущимъ «деспотомъ» благодаря обширности своихъ полномочій или что, наоборотъ, онъ самъ окажется, говоря словами авторовъ «Федералиста», вовлеченнымъ въ «стремительный водоворотъ» законодательной власти и превратится, какъ то предсказывалъ и Токвиль, въ лишенную всякаго реальнаго значенія фигуру. Самый текстъ конституціи въ вопросѣ о распредѣленіи власти между органами законодательства и исполненія за все время не претерпѣлъ никакихъ измѣненій, а между тѣмъ подъ этой неподвижной оболочкой все-таки происходили нѣкоторыя внутреннія перемѣщенія, подчасъ кипѣла и острая борьба.

---

[1]) Доложено въ Общемъ Собраніи Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ Университетѣ 14 октября 1913 года.

[2]) Цитирую по message президента Джонсона «The House Journal» 1866, p. 11.

Digitized by Google

Вашингтонъ являлся преобладающею силой по сравненію съ Конгрессомъ и при содѣйствіи Гамильтона направлялъ дѣятельность законодательныхъ учрежденій. Начиная съ правленія Джеффферсона, опредѣляется возвращеніе Конгресса къ нормальному своему значенію. При Генри Клеѣ и Даніэлѣ Уебстерѣ колеблющаяся чашка вѣсовъ даже склонялась, повидимому, на сторону законодательныхъ учрежденій, пока народъ вторичнымъ избраніемъ президента Джаксона не поддержалъ энергично оборонявшейся исполнительной власти. При Авраамѣ Линкольнѣ полномочія президента, подъ вліяніемъ междуусобной борьбы, расширяются до крайнихъ своихъ предѣловъ, но, послѣ исчезновенія исключительныхъ обстоятельствъ, снова замыкается тѣсное кольцо, стѣсняющее свободу исполнительной власти, и обратная, хотя и пріобрѣтающая новый смыслъ, тенденція увеличенія власти президента начинаетъ вырисовываться въ послѣдніе годы XIX и первые годы XX столѣтія.

Однако, несмотря на нѣкоторыя внутреннія измѣненія, результаты болѣе, чѣмъ столѣтней эволюціи не оказались настолько существенными, чтобы основной принципъ «the checks and balances of power», положенный въ основаніе американской конституціи, могъ къ началу XX вѣка считаться окончательно разрушеннымъ. Скорѣе, наоборотъ, въ теченіе XIX столѣтія въ американской политической жизни даже нашли себѣ мѣсто новые факторы, которые продолжали вести Соединенные Штаты по пути распыленія значенія отдѣльныхъ государственныхъ органовъ, лишенныхъ единаго руководящаго центра; съ полнымъ правомъ это можно сказать по поводу развитія комитетскаго правленія, нанесшаго смертельный ударъ отвѣтственности депутатовъ, и партійной системы, создавшей другое, «невидимое», говоря словами сенатора Бевериджа, правительство («invisible government») позади офиціальныхъ руководителей государственной машины.

И вотъ, на зарѣ XX столѣтія Соединенные Штаты приходятъ къ такому печальному положенію вещей, которое находитъ себѣ краснорѣчивое описаніе въ статьѣ Вудро Вильсона: «The issues of Reform». «Политическіе разговоры послѣднихъ лѣтъ, касающіеся реформированія нашихъ политическихъ методовъ, приводятъ насъ обратно къ тому мѣсту, отъ котораго мы начинали. Мы имѣли въ виду, при нашемъ политическомъ зарожденіи, въ качествѣ націи, только одну прямую цѣль, именно: передать контроль въ руки народа, установить правленіе посредствомъ общественнаго мнѣнія, цѣликомъ демократическое по своему строенію и мотивамъ. Мы были заинтересованы въ этомъ даже больше, чѣмъ въ томъ, чтобы сдѣлать его дѣятельнымъ. Способность дѣйствовать обозначаетъ силу, сила

Digitized by Google

можетъ обозначать тиранію, а наши мысли были направлены къ тому, чтобы имѣть свободу какою бы то ни было цѣной. И вотъ теперь, когда нашъ опытъ насчитываетъ полныхъ сто тридцать лѣтъ, мы внезапно открываемъ, что не обладаемъ ни возможностью дѣйствія, ни возможностью контроля»[1]).

Эта переоцѣнка всѣхъ политическихъ цѣнностей знаменуетъ собою серьезное разочарованіе въ прежней системѣ «сдержекъ и равновѣсія власти» и настоятельную потребность въ созданіи системы, соединяющей возможность контроля съ возможностью дѣйствія, но для государствовѣда, можетъ быть, еще важнѣе, что тѣ формы, въ которыя выливается эта потребность отвѣтственности во всѣхъ областяхъ государственной жизни, въ настоящее время сильно отличаются отъ прежнихъ условій зависимости между органами государственной власти и общепризнаннымъ сувереномъ страны народомъ. Вѣдь еще демократическій президентъ Джаксонъ мечталъ о проведеніи въ жизнь принципа отвѣтственности всѣхъ должностныхъ лицъ. Но какими путями шелъ Джаксонъ и его послѣдователи къ намѣченной цѣли?

Конституціи отдѣльныхъ штатовъ, выработанныя подъ вліяніемъ его идей, даютъ точный отвѣтъ на этотъ вопросъ. Срокъ полномочій главы исполнительной власти былъ уменьшенъ до одного или двухъ лѣтъ. Его положеніе потерпѣло серьезный ущербъ. Его власть назначенія была сильно уменьшена. Многіе изъ наиболѣе важныхъ его помощниковъ избирались народнымъ голосованіемъ и сдѣлались независимыми отъ своего прямого начальника[2]). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ губернаторъ былъ даже лишенъ ограниченнаго права вето на законодательство. Но не слѣдуетъ думать, будто законодательная власть что-либо выиграла при этой эволюціи. Предѣлы ея правъ были тщательно и весьма узко очерчены мѣстными конституціями.

---

[1]) Рѣчь «The issues of Reform», произнесенная въ Канзасѣ 5 мая 1911 года. См. «The Initiative, Referendum and Recall» 1912. Edited by W. Bennet Munro, p. 69.

[2]) Печальной и, какъ это ни странно, современной иллюстраціей этой теоріи является слѣдующій случай, разсказываемый Вильсономъ въ другомъ контекстѣ. Шерифъ одного изъ штатовъ недавно допустилъ, чтобы отданный на его попеченіе преступникъ былъ отнятъ отъ него толпой и повѣшенъ судомъ Линча. Шерифъ при этомъ не только не оказалъ сопротивленія, но даже не выразилъ протеста. Губернаторъ штата отправилъ шерифу письмо, въ которомъ упрекалъ его въ преступномъ неисполненіи обязанности. Шерифъ отвѣтилъ губернатору открытымъ письмомъ, въ которомъ грубо рекомендовалъ послѣднему заниматься своими собственными дѣлами. Это грубое письмо прошло для шерифа совершенно безнаказаннымъ, но по существу — спрашиваетъ Вильсонъ — развѣ не былъ онъ правъ? Развѣ онъ зависѣлъ отъ губернатора или какого-либо другого должностного лица, а не исключительно отъ голосовъ своихъ сосѣдей, изъ которыхъ многіе участвовали въ толпѣ, повѣсившей преступника. (Перепечатано въ Collection of British Authors : Wilson, The new freedom).

Digitized by Google

Представители судебной власти также избирались на короткіе сроки, чтобы сдѣлать ихъ болѣе «amenable to the public opinion» [1]). Всѣ усилія были приложены къ тому, чтобы передать всю полноту власти въ руки простого народа («of the plain people»). Но результаты оказались прямо противоположны тѣмъ, которыхъ съ нетерпѣніемъ ожидали. Раздробленіе отвѣтственности не привело къ желанной цѣли, и теперь, на ряду съ распространеніемъ отвѣтственности на такія области, которыя раньше оставались ей совершенно чуждыми, наблюдается проявленіе новой основной тенденціи американской политической жизни — консолидаціи отвѣтственности — сосредоточенія ея на какомъ-либо опредѣленномъ лицѣ или учрежденіи. Во всѣхъ областяхъ государственной жизни сказывается проявленіе этой новой тенденціи: въ офиціальномъ правительствѣ она даетъ себя чувствовать въ большей или меньшей степени въ предѣлахъ исполнительной, законодательной и судебной власти, въ сферѣ отношеній между этими властями, въ неофиціальномъ правительствѣ, она становится девизомъ, одухотворяющимъ собою широкую перестройку внутренно-партійной структуры, она просачивается сквозь незыблемыя постановленія конституціи, создавая новыя формы отношеній между народомъ и его представителями, расширяя компетенцію федеральнаго правительства и обѣщая въ будущемъ открыть дорогу новымъ, можетъ быть еще болѣе радикальнымъ измѣненіямъ посредствомъ созданія болѣе легкаго способа измѣненія конституціи.

Такимъ образомъ, старая вражда между теоріей «національной отвѣтственности», не боящейся концентраціи власти и сопряженной съ нею отвѣтственности, и противоположнымъ ученіемъ о «ненарушимыхъ» правахъ индивида, ученіемъ, питающимъ противодѣйствіе первой теоріи и болѣе склоннымъ привѣтствовать торжество маленькихъ винтиковъ государственнаго механизма, кончается, повидимому рѣшительною побѣдой принципа «національной отвѣтственности». Александръ Гамильтонъ былъ первымъ его провозвѣстникомъ въ исторіи американской политической мысли; «величайшій демократъ» Томасъ Джефферсонъ — наиболѣе вліятельнымъ его противникомъ.

И интересно отмѣтить при этой агоніи могущественной когда-то теоріи, что именно формальному преемнику Джефферсона, Вудро Вильсону, выпадаетъ на долю нанести роковой ударъ идеямъ американскаго «уравнителя». Ненарушимыя права индивида стали еще болѣе священными, но путь къ ихъ осуществленію отнынѣ ведетъ не черезъ раздробленіе власти, а, наоборотъ, черезъ усиленіе ея.

---

[1]) См. Herbert Croly, The promise of American Life, 1911, p. 119—120.

Digitized by Google

II.

Наиболѣе острая потребность въ консолидаціи отвѣтственности проявилась, разумѣется, въ сферѣ законодательной власти. Власть комитетовъ въ палатѣ представителей получила, какъ извѣстно, гипертрофическое развитіе. Палата представителей, заваленная грудой дѣлъ, поступающихъ изъ комитетовъ [1]), сама лишенная отвѣтственнаго руководительства, не имѣющая возможности потребовать интересующіе ее билли изъ комитетовъ, должна была уступить львиную долю своей власти независимымъ отъ нея комитетамъ[2]). Но послѣдніе, творя свою закулисную работу и находясь благодаря системѣ лоббіизма и log-rolling'a (взаимныхъ услугъ) въ значительной части подъ контролемъ безотвѣтственныхъ вліяній, сами не были высшими направляющими органами законодательной работы. Рядомъ съ комитетами или, вѣрнѣе, надъ ними существовала еще и другая власть, власть спикера, окончательно уничтожавшая вліяніе отдѣльныхъ членовъ палаты на ходъ законодательства. Главное изъ правъ, которымъ спикеръ палаты обладалъ до самаго послѣдняго времени, хотя это право и не было предоставлено ему конституціей, заключалось въ назначеніи имъ предсѣдателей и членовъ всѣхъ комитетовъ палаты. Непосредственно за этимъ совершенно безконтрольнымъ правомъ (если не считать частнаго вліянія нѣкоторыхъ лицъ на спикера) идетъ предсѣдательство спикера въ Committee on Rules, деспотически устанавливающемъ порядокъ занятій парламента и могущемъ помѣшать проведенію неугоднаго ему законопроекта[3]), и практически весьма важное

---

[1]) Въ одномъ январѣ 1905 года палата представителей рѣшила судьбу 459 биллей (Pierce, The Federal Usurpation, 1908, p. 166). Въ 56-мъ Конгрессѣ въ обѣ палаты было внесено 12152 билля, изъ которыхъ 1215 сдѣлались законами. Въ 57-мъ Конгрессѣ было принято 3430 биллей («government in state and Nation» James and Sanford, 1910, p. 167), что представляетъ особенный интересъ по сравненію съ Англіей, гдѣ въ періодъ времени съ 1899 по 1905 г. было принято 46 законовъ, имѣющихъ общее значеніе, и 246 частнаго характера.

[2]) «Комитеты могутъ измѣнить билль по своему усмотрѣнію (as they please), они могутъ провести это измѣненіе такъ далеко, что въ дѣйствительности получится новый билль, отражающій скорѣе точку зрѣнія комитета, чѣмъ его автора, наконецъ они могутъ посредствомъ ли того, что представятъ враждебный отчетъ о биллѣ, или задержатъ отчетъ до окончанія сессіи, или вовсе не представятъ его, — фактически уничтожить билль». La Follet, The Speaker, p. 243.

[3]) До самаго послѣдняго времени этотъ комитетъ состоялъ изъ пяти лицъ, но такъ какъ каждая партія располагала въ немъ двумя голосами, то все рѣшеніе зависѣло отъ поведенія спикера, и Чампъ Кларкъ могъ съ полнымъ правомъ сказать, когда было сдѣлано предложеніе передать одну демократическую резолюцію въ Committee on Rules: «it might as well be referred to the sleepers in the catacombs»: («оно могло бы съ такимъ же успѣхомъ быть передано мертвецамъ на кладбищѣ»).

Digitized by Google

право признанія (the right of recognition), дающее спикеру возможность систематически не замѣчать тѣхъ депутатовъ, которые въ засѣданіи палаты просятъ слова, не переговоривъ съ нимъ заранѣе о своемъ намѣреніи [1]).

При такомъ богатомъ арсеналѣ средствъ, отданныхъ въ полное распоряженіе спикера, приходится ли удивляться тому, что послѣдній сталъ могущественной «монархической» фигурой, какъ называли послѣдняго республиканскаго спикера Кеннона политическіе дѣятели страны.

Единственное средство, остающееся въ рукахъ недовольныхъ членовъ палаты, это filibustering — родъ диляторной обструкціи, но помимо того, что средство это мало способствуетъ успѣху парламентской работы, въ руки послѣднихъ спикеровъ (Рида и Кеннона) были вложены такіе скорпіоны, которые устранили и это ultima ratio отчаянія [2]).

Можно считать несомнѣннымъ, что спикеры послѣдняго времени (въ особенности Ридъ и Кеннонъ) были могущественнѣе, въ извѣстныхъ отношеніяхъ, перваго министра Англіи въ нижней палатѣ. Одинъ изъ тезисовъ, принятыхъ демократической партіей въ ея національной платформѣ 1908 года, гласилъ: «The representative government becomes a failure when one member in the person of the speaker is more powerful than the entire body» («представительное правленіе оказывается несостоятельнымъ, когда одинъ членъ въ лицѣ спикера становится болѣе могущественнымъ, чѣмъ все учрежденіе»). Смитъ высказываетъ почти ту же мысль, утверждая безъ всякихъ ограниченій, что «спикеръ и комитеты имѣютъ

---

[1]) Депутатъ Куперъ не могъ добиться слова въ теченіе 4 лѣтъ вслѣдствіе его оппозиціи угодному спикеру биллю, спикеръ Carlisle воспрепятствовалъ принятію Blair Education Bill'я тѣмъ путемъ, что отказывалъ въ словѣ его защитникамъ. (См. E. Coquet, La présidence de la Chambre des Représentants, «Revue du Droit Public», 1912, p. 201). Въ 1887 году представитель Небраски два часа стоялъ передъ спикеромъ, добиваясь признанія, и потомъ въ видѣ протеста разорвалъ на глазахъ спикера приготовленный билль. (Bushwell-Hart, Practical Essays on American government, статья «The Speaker as Premier»). Въ этихъ случаяхъ нѣтъ ничего удивительнаго, если вспомнить, что на рѣшеніе спикера по поводу предоставленія слова нѣтъ аппеляціи (Congressional Record, 2 session 58 Congress, p. 5050) и что спикеръ при извѣстныхъ условіяхъ даже можетъ предпочесть оратору, уже получившему признаніе другое лицо. (Record, 1 session, 55 Congress, p. 4255).

[2]) Такъ, напримѣръ, въ 51-мъ Конгрессѣ республиканское большинство было очень незначительно, и демократы-обструкціонисты, отказываясь голосовать по многимъ вопросамъ, дѣлали невозможнымъ для республиканцевъ собрать болѣе половины членовъ палаты при голосованіи. Тогда спикеръ Ридъ отдалъ распоряженіе клерку палаты вопреки старому правилу считать и тѣхъ членовъ, которые не участвовали въ голосованіи, а только присутствовали въ палатѣ и противъ желанія протестантовъ записывать ихъ имена въ «roll-call» (протоколъ голосованія). James and Sanford, op. cit, p. 176.

Digitized by Google

абсолютное право на законодательство даже вопреки волѣ большинства»[1]).

Но, обладая большею, быть можетъ, властью въ палатѣ, чѣмъ англійскій премьеръ, спикеръ не представлялъ ни одного изъ тѣхъ достоинствъ, которыя поднимаютъ на недосягаемую, по сравненію съ нимъ, высоту должность перваго министра Великобританіи. И при Кеннонѣ такъ же, какъ и при Ридѣ, американское законодательство отличалось тѣмъ же отсутствіемъ сознательно поставленныхъ задачъ, которое составляетъ Ахиллесову пяту всей системы. Поясню это примѣромъ: Въ 1908 г., идя навстрѣчу общему желанію страны и обѣихъ большихъ партій, члены республиканской партіи внесли въ палату представителей билль (House of Representatives, № 20122), требующій отъ партійныхъ комитетовъ полной отчетности финансовой стороны кампаніи. Совершенно механически къ этому безспорному принципу было прибавлено требованіе о производствѣ сравнительнаго подсчета числа взрослыхъ негровъ въ Южныхъ Штатахъ, по сравненію съ ихъ количествомъ, дѣйствительно пользующимся избирательнымъ правомъ. Въ силу причинъ, о которыхъ будетъ рѣчь въ дальнѣйшемъ изложеніи, демократы не могли голосовать за это добавленіе и были поставлены въ необходимость голосовать противъ всего билля, содержащаго принципъ, который они все время настойчиво защищали въ странѣ. Билль прошелъ палату голосами республиканской партіи, но въ Сенатскомъ комитетѣ (Committee on Privileges and Elections) оказался похороненнымъ изъ опасенія противодѣйствія со стороны демократической партіи.

Итакъ, общественное мнѣніе, обѣ партіи и президентъ (въ своей рѣчи принятія кандидатуры) высказались за главный и единственный принципъ билля, и все-таки, несмотря на это, билль не можетъ сдѣлаться закономъ. Одно изъ двухъ заключеній напрашивается при разсмотрѣніи этого факта: или a) республиканская партія была неискренна въ своемъ желаніи провести этотъ билль, что опровергается принятымъ на себя въ томъ же 1908 году обязательствомъ предать гласности свои финансовые отчеты, или b) техника законодательной работы настолько несовершенна, что требуетъ радикальной и неотложной реформы.

Еще во время республиканскаго спикерства Кеннона въ палатѣ представителей нарастала яркая оппозиція вопіющимъ недостаткамъ парламентской процедуры. Въ послѣдніе годы «владычества» Кеннона эта оппозиція включала въ себя не только всѣхъ почти членовъ

[1]) Smith, The spirit of American government, p. 200. Ср. кромѣ того, сен. Hoar, The Conduct of Business in Congress, въ «North American Review» V. 128, p. 121. Слабая защита старыхъ порядковъ у Treeman'a, A defence of Congressional government.

Digitized by Google

демократической партіи, но и немалочисленныхъ «инсургентовъ» республиканской партіи, во главѣ съ ярымъ противникомъ «боссовъ» Мердокомъ.

Неудивительно поэтому, что, когда на выборахъ 1910 года народъ отдалъ свои голоса демократическимъ кандидатамъ въ палату представителей, первымъ дѣломъ послѣдней, собравшейся въ новомъ составѣ, была реформа внутренней парламентской процедуры. Эта чрезвычайно важная въ парламентской исторіи Соединенныхъ Штатовъ реформа пошла, именно, въ направленіи той консолидаціи политической отвѣтственности, которая теперь намѣчается во всѣхъ областяхъ государственной жизни Америки.

Рѣшительная битва была дана уже въ 61-мъ Конгрессѣ (17—19 марта 1910 года), когда демократы, съ помощью республиканскихъ «инсургентовъ», провели постановленіе, согласно которому всемогущій Committee on Rules долженъ былъ избираться самой палатой въ составѣ десяти человѣкъ (шесть отъ большинства, четыре отъ меньшинства), его предсѣдатель выбирается самимъ комитетомъ, а спикеръ не можетъ быть даже его членомъ. Эти дни, справедливо названные лидеромъ демократовъ Чампомъ Кларкомъ «the days of salvation», имѣли свое продолженіе въ 62-мъ Конгрессѣ, въ теченіе которыхъ право назначенія всѣхъ другихъ комитетовъ, принадлежавшее спикеру съ 18 января 1790 года, было передано въ руки самой палаты. Въ 1911 году было постановлено, что власть назначенія комитетовъ будетъ отнынѣ принадлежать выбранному всей палатой комитету путей и средствъ, и, съ помощью вновь введенныхъ списковъ (Calendar of motions to discharge the committees и Calendar for unanimous consent), была установлена возможность для палаты потребовать билль изъ комитета и относительная свобода членовъ палаты отъ усмотрѣнія спикера. «Планъ, принятый Конгрессомъ, — утверждаетъ В. Брайанъ въ письмѣ къ автору этой статьи, — можетъ быть измѣненъ, если опытъ обнаружитъ его недостатки, но эти измѣненія будутъ итти въ направленіи созданія правилъ, обезпечивающихъ большее отраженіе воли народа [1])».

Осуществившаяся реформа имѣетъ еще и другое значеніе. Обѣщая освобожденіе спикера отъ несвойственныхъ ему функцій руководителя законодательной власти, она освобождаетъ дорогу для введенія института отвѣтственнаго лидерства въ палатѣ. Процессъ этотъ совершается на нашихъ глазахъ, хотя, надо сознаться, не вполнѣ безболѣзненно. Еще въ 1910 году, немедленно послѣ побѣды,

---

[1]) Я позволяю себѣ привести нѣкоторыя выдержки изъ писемъ Вилліама Брайана и Джэнса Брайса съ любезнаго разрѣшенія ихъ авторовъ въ виду того естественнаго интереса, который представляютъ ихъ утвержденія.

Digitized by Google

одержанной демократами надъ спикеромъ, послѣдніе пытались свергнуть его вотумомъ недовѣрія, подчеркивая тѣмъ самымъ партійный характеръ должности; въ слѣдующемъ конгрессѣ избранный спикеромъ представитель Миссури Чампъ Кларкъ, по примѣру своихъ предшественниковъ, произнесъ програмную рѣчь партійнаго характера, но новый путь намѣтился ясно и опредѣленно уже теперь. Отвѣтственный лидеръ палаты сидитъ отнынѣ не въ креслѣ спикера, и демократическое большинство Конгресса свободно избрало своего руководителя въ лицѣ депутата отъ Алабамы Эндервуда, и республиканское меньшинство вручило свою судьбу представителю Иллинойса Ману.

Не меньшее вліяніе на усиленіе политическаго значенія представительной палаты окажетъ та реформа, которая произвела сенсацію въ Америкѣ въ апрѣлѣ 1913 г., послѣ созыва экстраординарной сессіи Конгресса. Впервые за время существованія республиканской партіи общее собраніе ея парламентской фракціи (партійный каукусъ) происходило при свѣтѣ гласности, въ присутствіи представителей печати. Такъ какъ республиканцы въ этомъ отношеніи послѣдовали примѣру новой прогрессивной партіи, то теперь очередь остается только за демократами, увлекаемыми общимъ теченіемъ. Уничтоженіе господства безотвѣтственныхъ комитетовъ и тайныхъ каукусовъ, естественно, не можетъ не отразиться на повышеніи авторитета палаты.

Что касается Сената, то хотя самая процедура веденія дѣлъ въ верхней палатѣ и не возбуждала противъ себя такихъ возраженій, но организація ея за послѣднее время подверглась серьезнымъ и небезосновательнымъ упрекамъ. За послѣднія сорокъ лѣтъ Сенату пришлось разсмотрѣть пятнадцать случаевъ, въ которыхъ наблюдалась коррупція при избраніи сенаторовъ, въ то время какъ предыдущіе 84 года дали всего одно такое дѣло; въ виду сложныхъ интригъ за послѣднія 20 лѣтъ четырнадцать сенаторскихъ мѣстъ были вакантными и не заполнялись иногда по цѣлымъ годамъ (особенно печальное положеніе вещей сложилось въ Монтанѣ, Нью-Іоркѣ и Іовѣ); выходъ изъ создавшагося положенія былъ найденъ путемъ перехода къ новой системѣ выборовъ посредствомъ прямого народнаго голосованія[1]).

[1]) По поводу господства финансовыхъ вліяній въ американскомъ Сенатѣ В. Брайанъ говоритъ въ цитированномъ уже письмѣ къ автору этой статьи: «I cannot leave this particular branch of the subject without adding that a part of senator Aldrich prestige (Ольдричъ былъ долгое время злымъ геніемъ Сената. Б. Ш.) was due to the influence which could be exerted over some of the senators by the large business interests that supported, the policies favored by senator Aldrich. The influence of these special interests is being reduced so that I think there will be less to object to in the future».

Digitized by Google

III.

Федеральная конституція категорически запрещаетъ только совмѣстительство званія члена Конгресса и статсъ-секретаря, но ни слова не говоритъ о невозможности для представителей исполнительной власти присутствовать въ засѣданіяхъ Конгресса. Даже авторы «Федералиста», столь ригористически относящіеся къ теоріи раздѣленія властей, признавали принципіальную допустимость нѣкотораго контакта между органами исполнительной и законодательной властей [1]). Въ соотвѣтствіи съ этимъ при Вашингтонѣ статсъ-секретари присутствовали въ Конгрессѣ [2]), самъ президентъ обращался съ рѣчами къ палатамъ, еще Джонъ Адамсъ лично читалъ посланіе Конгрессу, и только со времени Джефферсона ведетъ начало то механическое обособленіе властей, неудачный выходъ изъ котораго впослѣдствіи пытались найти въ допущеніи статсъ-секретарей къ присутствію въ засѣданіяхъ комитетовъ.

Неудобство создавшагося положенія чувствовалось ясно: уже проектъ конституціи отколовшихся Южныхъ Штатовъ содержалъ постановленіе, допускающее статсъ-секретарей въ Конгрессъ по желанію палатъ, въ мартѣ 1865 года нѣсколько болѣе радикальное предложеніе, намѣчающее даже основы права запросовъ, было принято спеціально для того образованнымъ комитетомъ палаты представителей; въ февралѣ 1881 года соотвѣтствующее предположеніе было единогласно одобрено комптетомъ Сената, но роковымъ образомъ всѣ попытки произвести необходимую реформу, которая могла бы быть завершена простымъ измѣненіемъ наказа, вплоть до настоящаго времени терпѣли неудачу, и только теперь возникаетъ надежда, что настоятельная потребность въ координированной дѣятельности государственныхъ органовъ получитъ, наконецъ, свое выраженіе.

Въ своей исторической рѣчи передъ Lotos Club'омъ Нью-Іорка Вилліамъ Тафтъ, еще въ качествѣ президента, но уже послѣ избранія Вильсона, произнесъ слѣдующія, знаменательныя въ его устахъ слова: «Я не сомнѣваюсь въ томъ, что присутствіе способныхъ членовъ кабинета въ каждой палатѣ привело бы къ большей гармоніи при рѣшеніи государственныхъ дѣлъ въ обѣихъ палатахъ и обезпечило бы въ соотвѣтствіи съ партійными планами гораздо

---

[1]) См. «Le Féderaliste», французское изданіе подъ редакціей Жеза, p. 408.

[2]) Даже законъ 2 сентября 1789 года, организующій Treasury Department, говоритъ, что статсъ-секретарь, «shal make report and give information to either branch of the Legislature in person (разбивка моя. Б. Ш.) or in writing as may be required respecting all maters»... Ср. «Cabinet Officers in Conrgress» Perry Belmont въ «North American Review», январь 1912.

Digitized by Google

болѣе цѣнное, по сравненію съ настоящимъ, законодательство. Съ другой стороны, эта система позволила бы Конгрессу ближе подойти къ исполнительной власти, вникать болѣе дѣйствительно въ каждое ея дѣйствіе, достигать раскрытія причинъ, оправдывающихъ это дѣйствіе въ самый моментъ его совершенія, и доставлять обществу болѣе скорую освѣдомленность о ходѣ дѣлъ, находящихся въ сферѣ вліянія исполнительной власти посредствомъ прямыхъ разспросовъ враждебной критики, на которые долженъ быть данъ немедленный отвѣтъ... Это вызвало бы необходимость назначенія въ кабинетъ людей, привычныхъ къ дебатамъ и къ защитѣ своихъ позицій и предоставило бы обществу возможность судить о главѣ исполнительной власти и его правительствѣ гораздо болѣе справедливо и своевременно, чѣмъ при настоящихъ условіяхъ».

Такимъ образомъ въ области отношеній между исполнительной и законодательной властью наступаетъ новая эра: падаютъ перегородки въ теченіе столѣтія преграждавшія правительству дорогу въ Конгрессъ. Послѣдній разъ президентъ появился въ Конгрессѣ 22 ноября 1800 года; въ апрѣлѣ 1913 года Вильсонъ рѣшилъ оживить этотъ прецедентъ [1]). Нѣкоторыя слабыя возраженія противъ конституціонности этого намѣренія раздались въ Сенатѣ со стороны Лоджа и Вилліамса, но подавляющее большинство палаты представителей и Сената высказалось въ пользу предположенія новаго президента, и 8 апрѣля 1913 года сенаторы во главѣ съ вице-президентомъ Маршэлломъ посѣтили нижнюю палату для выслушанія посланія президента къ Конгрессу. Спикеръ палаты представителей Чампъ Кларкъ предоставилъ слово президенту, который передъ прочтеніемъ посланія, встрѣченный шумнымъ одобреніемъ, обратился къ членамъ Конгресса со слѣдующей рѣчью: «Я очень радъ воспользоваться этимъ случаемъ для того, чтобы обратиться непосредственно къ обѣимъ палатамъ и усилить въ самомъ себѣ впечатлѣніе, что президентъ Соединенныхъ Штатовъ является дѣйствительнымъ лицомъ, а не только частью правительства, привѣтствующаго Конгрессъ съ какого-то изолированнаго острова завистливой власти, отправляющаго посланія, не говорящаго естественно и своимъ собственнымъ голосомъ (with his own voice), что онъ является человѣческимъ существомъ, старающимся соединиться съ другими человѣческими существами въ общемъ служеніи. Послѣ этого пріятнаго опыта я буду себя чувствовать вполнѣ нормально во всѣхъ нашихъ совмѣстныхъ дѣйствіяхъ».

---

[1]) Любопытно отмѣтить, что и французскіе президенты послѣ Тьера и Макъ-Магона не обращались съ посланіями къ палатамъ.

Digitized by Google

Во время этого знаменательнаго засѣданія статсъ-секретари Берлесонъ, Редфильдъ, Вильсонъ, Макъ Аду, Макъ Рейнольдсъ и Даніэльсъ занимали мѣста среди членовъ законодательныхъ собраній. Хотя послѣдній гвоздь далеко еще не вбитъ въ гробъ старой системы, можно считать, что регулярное участіе членовъ кабинета въ работѣ Конгресса составляетъ только вопросъ ближайшаго времени.

Присутствіе членовъ кабинета въ Конгрессѣ съ правомъ голоса, хотя и не на правахъ полноправныхъ его членовъ, не можетъ не повести къ весьма важнымъ послѣдствіямъ. Несомнѣнно разовьется «политическая отвѣтственность» министровъ, принужденныхъ отвѣчать на парламентскія интерпелляціи. Но эта «политическая отвѣтственность» сама по себѣ еще не обозначаетъ парламентаризма, и вопросъ долженъ итти только о томъ, не можетъ ли она въ конечномъ результатѣ привести къ развитію парламентарнаго образа правленія въ Соединенныхъ Штатахъ или, наоборотъ, въ политической жизни Америки продолжаютъ господствовать иныя силы, упорно поддерживающія ея дуалистическую систему.

IV.

Было бы неправильно закрывать глаза на тѣ серьезныя препятствія, которыя придется на своемъ пути преодолѣть тенденціи образованія парламентарной системы правленія въ Соединенныхъ Штатахъ. Многія существенныя соображенія могутъ быть приведены противъ возможности столь коренного преобразованія въ вѣками сложившихся американскихъ условіяхъ.

Еще авторы «Федералиста» считали тенденцію поглощенія законодательной властью всѣхъ остальныхъ властей «ничѣмъ не преодолимой»[1]), но созданная при ихъ содѣйствіи система сдержекъ и противовѣсовъ оказалась настолько прочной, что за все время существованія американской конституціи, строго говоря, только однажды возникъ между законодательной и исполнительной властью конфликтъ на почвѣ «парламентарныхъ» тенденцій Конгресса.

Этотъ конфликтъ возникъ въ 1832 году по вопросу о Національномъ банкѣ. Національные республиканцы провели въ палатѣ представителей (большинствомъ 106 противъ 84) и въ Сенатѣ (большинствомъ 28 противъ 20) возобновленіе истекающаго устава Банка на 15 лѣтъ. Президентъ Джаксонъ наложилъ вето на билль, и сторонники послѣдняго не могли собрать достаточныхъ силъ въ Кон-

[1]) «Le Féderaliste», p. 597.

Digitized by Google

грессѣ, чтобы, принявъ билль вторично большинствомъ $^2/_3$ въ обѣихъ палатахъ, провести его черезъ голову президента, однако они приняли резолюцію, подтверждающую, что вклады Соединенныхъ Штатовъ могутъ безпрепятственно лежать въ банкѣ. Президентъ Джаксонъ тѣмъ не менѣе распорядился изъять вклады изъ банка, и 26 декабря 1833 г. Генри Клей, который вмѣстѣ съ Даніэлемъ Уебстеромъ являлся вдохновителемъ политики Конгресса, внесъ въ Сенатъ слѣдующую резолюцію порицанія, что «президентъ присвоилъ себѣ осуществленіе власти надъ казначействомъ Соединенныхъ Штатовъ, не дарованное ему конституціей и законами и опасное для свободы народа», и что «объясненія востребованія денегъ... подписанныя секретаремъ казначейства [1]) и представленныя Конгрессу 3 декабря 1833 года, являются неудовлетворительными и недостаточными (are unsatisfactory and insufficient»). 15 апрѣля 1834 года генералъ Джаксонъ отвѣтилъ посланіемъ Конгрессу, рѣзко протестующимъ противъ того, что президентъ считалъ impeachment'омъ противъ него, произведеннымъ въ противной конституціи формѣ. «Безъ какого-либо предварительнаго оповѣщенія, не выслушанный и не судимый, я нашелъ себя обвиненнымъ въ отчетѣ Сената. Если бы такой актъ Конгресса былъ одобренъ или поддержанъ народомъ, то тогда та великая борьба, которая обезпечила въ статутахъ, въ биллѣ о правахъ, въ священныхъ хартіяхъ и конституціяхъ правительствъ за каждымъ гражданиномъ право на извѣщеніе передъ судомъ, на выслушаніе передъ осужденіемъ и безпристрастный трибуналъ для разбора обвиненія, — эта великая борьба велась понапрасну». Сенатъ отказался принять это посланіе и постановилъ большинствомъ 27 противъ 16 голосовъ, что «президентъ Соединенныхъ Штатовъ не имѣетъ права посылать Сенату протестъ по поводу какихъ-либо его дѣйствій», но послѣ того какъ сен. Бентонъ ежегодно вносилъ предложеніе объ исключеніи изъ протоколовъ засѣданій Сената формулы порицанія Джаксону, 16 января 1837 окончательно отступилъ отъ своей позиціи, поручивъ клерку палаты обвести черною каймой спорную формулу и сбоку написать: «изъято по постановленію палаты».

Такъ неудачно для законодательной власти закончился первый опытъ подчиненія исполнительной власти волѣ Конгресса, но исходъ конфликта могъ считаться уже предрѣшеннымъ съ того момента, какъ вторичное избраніе Джаксона, получившаго 219 голосовъ въ избирательной коллегіи противъ 49 голосовъ, поданныхъ за

---

[1]) Это мѣсто резолюціи кромѣ того любопытно какъ первая попытка установить собственно министерскую отвѣтственность.

Digitized by Google

Генри Клея, обезпечило народныя симпатіи за представителемъ исполнительной власти [1]).

2) Соединенные Штаты, какъ и всѣ другія дуалистическія страны, повинуясь общей эволюціи, вводящей управленіе въ сферу активнаго контроля представительныхъ учрежденій, неизбѣжно пришли бы къ парламентаризму, если бы надъ всѣми проектами предложенными филадельфійскому конвенту 25 мая 1787 года, одержала верхъ схема Шермана, предлагавшаго вручить законодательной власти право избранія президента; даже если бы былъ проведенъ въ жизнь утопическій проектъ Гамильтона объ избраніи пожизненно избираемыми сенаторами пожизненнаго президента или даже, если бы созданная конвентомъ коллегія выборщиковъ выполняла ту роль, которая предназначалась ей «отцами конституціи», развитіе американской политической жизни могло бы вступить на рельсы парламентаризма [2]). Но новыя силы оказали воздѣйствіе на американскую конституцію, все больше отклоняя ее отъ стараго русла. Вмѣсто избирательной коллегіи выборщиковъ милліонный электоратъ стоитъ за спиной главы исполнительной власти. Начиная съ президентства Макъ-Кинли, свыше семи милліоновъ голосовъ въ среднемъ были поданы за каждаго президента.

Вся полнота исполнительной власти сосредоточена въ рукахъ президента республики. Его «official family» — отдѣльные статсъ-секретари—являются лишь простыми чиновниками. Во время описаннаго уже конфликта съ Конгрессомъ по поводу востребованія государственныхъ взносовъ изъ національнаго банка Джаксонъ въ сентябрѣ 1833 года прочелъ въ засѣданіи своего кабинета бумагу, въ которой онъ прямо говоритъ: «Президентъ снова заявляетъ, что онъ проситъ свой кабинетъ разсматривать предположенную мѣру какъ его собственную (as his own), для поддержки которой онъ никого не проситъ приносить въ жертву свои убѣжденія». Не совсѣмъ въ соотвѣтствіи съ этими словами, но въ полномъ согласіи съ теоріей отвѣтственности президента, послѣдній отставилъ статсъ-

[1]) Второе столкновеніе между исполнительной и законодательной властью имѣло мѣсто въ правленіе президента Джонсона, но въ этомъ случаѣ побѣда, какъ извѣстно, осталась за Конгрессомъ. Ср. Moore «The American Congress».

[2]) Косвеннаго вліянія законодательной власти, выражавшагося въ томъ, что съ начала XIX вѣка до 1824 года, когда «the King Caucus was dethroned» кандидаты каждой партіи на постъ президента избирались партійными кауксами, — было недостаточно. Несомнѣнно, что съ исторической точки врѣнія это самое сильное возраженіе, которое какъ мнѣ представляется, можетъ быть сдѣлано сторонникамъ взгляда о неизбѣжности отказа Соединенныхъ Штатовъ отъ дуалистической системы. Но при этомъ надо имѣть въ виду, что самый способъ избранія главы государства еще не рѣшаетъ вопроса о положеніи послѣдняго. Вѣдь и французскій президентъ, избираемый на семь лѣтъ, фактически переживаетъ полномочія палаты депутатовъ, избираемой на четыре года, не говоря уже о перемѣнѣ состава Сената.

Digitized by Google

секретаря казначейства, отказавшагося выполнить его приказаніе и считавшаго эту мѣру выраженіемъ неуваженія по отношенію къ Конгрессу, и на его мѣсто назначилъ другого, немедленно выполнившаго отданное ему распоряженіе[1]).

Правда, если президентъ Соединенныхъ Штатовъ, продолжая оставаться въ роли своего собственнаго перваго министра, будетъ попрежнему олицетворять правительство, — это обстоятельство само по себѣ еще не исключаетъ возможности парламентаризма, такъ какъ и въ Англіи и въ другихъ парламентарныхъ странахъ солидарность кабинета часто достигала такого развитія, что вся отвѣтственность, строго говоря, персонифицировалась въ первомъ министрѣ. Но возможно ли допустить, согласуется ли это съ общей эволюціей американскихъ учрежденій, чтобы президентъ, вознесенный на вершину власти семимилліоннымъ электоратомъ, могъ оказаться свергнутымъ путемъ простого вотума нижней палаты. Если президентъ принадлежитъ къ республиканской партіи, а палата депутатовъ къ демократической[2]), — какимъ образомъ можетъ послѣдняя заставить президента измѣнить политику, отражающую взгляды избравшаго его народа. Да и при однородности партійнаго состава преобладаніе Конгресса далеко не является обезпеченнымъ: вѣдь сдѣлалъ же Т. Рузвельтъ въ бытность свою президентомъ слѣдующее заявленіе въ оправданіе своего поведенія въ вопросѣ о Панамѣ: «Если бы я слѣдовалъ традиціоннымъ консерваторнымъ методамъ, я представилъ бы Конгрессу разработанную государственную бумагу, вѣроятно размѣромъ страницъ въ двѣсти, и дебаты по поводу нея продолжали бы итти еще до настоящаго времени, но я захватилъ зону канала и предоставилъ Конгрессу дебатировать и въ то время, какъ шли дебаты, перешелъ и каналъ («If I have follwed traditional, conservative methods, I would have submitted a dignified state paper of probably two hundred pages to Congress, and the debate on it would have been going on yet; but I took the Canal zone and let Congress debate»)[3]).

Въ противоположность англійской эволюціи (съ 1707 года вето короля «уснуло» въ Англіи) въ Америкѣ и вето президента получило крайнее свое развитіе именно въ послѣднія десятилѣтія. Вашинг-

---

[1]) M. Ostrogorsky Democracy and the organisation of political parties, 1902, v. II, p. 727, считаетъ необходимымъ условіемъ развитія индивидуальной министерской отвѣтственности въ Соединенныхъ Штатахъ замѣну народнаго избранія президента путемъ выбора послѣдняго законодательнымъ собраніемъ.

[2]) Отъ ухода Джаксона до Макъ-Кинли за исключеніемъ періода междоусобной войны одна партія никогда не господствовала въ правительствѣ. M. Ostrogorsky, La démocratie et les parties politiques, 1912, p. 585.

[3]) Рѣчь въ университетѣ Калифорніи въ «Charter Day».

Digitized by Google

тонъ примѣнялъ вето только два раза, Джефферсонъ, Адамсъ, Джонъ Адамсъ, Ванъ-Бернъ, Тейлоръ, Фильморъ — ни разу. Въ первыя 76 лѣтъ существованія конституціи вето употреблялось президентами 52 раза, а въ одно первое президентство Кливиленда — 301 разъ[1]). Принято думать, что вето президента носитъ только суспензивный характеръ въ Америкѣ, но, насколько это соотвѣтствуетъ истинѣ, можно судить по тому, что изъ 433 проектовъ, пораженныхъ съ 1889 года президентскимъ вето, только 29 смогли собрать въ обѣихъ палатахъ большинство въ $^2/_3$ голосовъ, необходимое для того, чтобъ его парализовать. Не приходится этому удивляться, если мы вспомнимъ, что съ 1874 года ни одна партія не имѣла въ Сенатѣ прочнаго большинства въ $^2/_3$ голосовъ. Политика послѣдняго президента Вилліама Тафта, парализовавшаго посредствомъ вето все демократическое законодательство палаты, даже то, на которое согласился республиканскій сенатъ, общеизвѣстна. Пониженіе тарифныхъ ставокъ на шерсть и на сталь (Wool Bill, Steel Bill), нѣсколько раскрѣпощающее американскаго потребителя отъ безконтрольнаго господства трестовъ, уничтоженіе коммерческаго суда, возбудившаго противъ себя сильнѣйшее негодованіе въ американскомъ обществѣ за время своего недолгаго существованія, — вотъ важнѣйшіе проекты, получившіе утвержденіе Конгресса, но уничтоженные рукою Тафта (такъ какъ они не могли собрать $^2/_3$ голосовъ въ Сенатѣ).

Такимъ образомъ въ противоположность другимъ дуалистическимъ странамъ, гдѣ исполнительной власти a la longue приходится лишь обороняться отъ нападковъ законодательной власти, въ Америкѣ президентъ, чувствуя за своей спиной многомилліонный электоратъ, самъ иногда выступаетъ въ роли требовательнаго народнаго вождя.

Авторы «Федералиста» справедливо указывали, что сила законодательныхъ учрежденій заключается въ ихъ склонности отождествлять себя съ народомъ, но вѣдь этотъ главный источникъ ихъ значенія въ Америкѣ парализуется отчасти тѣмъ, что такое же право, и можетъ быть еще въ большей степени, на отождествленіе съ электоратомъ имѣетъ и президентъ отчасти выступленіемъ на политическую авансцену самого народа[2]).

---

[1]) Mason, The veto power, p. 214.

[2]) В. Брайанъ говоритъ по этому поводу въ цитированномъ уже письмѣ къ автору этой статьи: «J do not mean to deny that England's system has some advantage, but J believe that our system has more and greater advantages and that the english people are much more likely to borrow from our system than we are to borrow from theirs... (J am) believing, not that our government is perfect in every detail but that, in principle, it is the nearest approach to perfection in government that man has devised»...

Digitized by Google

V.

Парламентарная система въ Соединенныхъ Штатахъ, строго говоря, можетъ установиться даже помимо отмѣны того постановленія въ конституціи, которое воспрещаетъ совмѣстительство званій депутата и статсъ-секретаря. К. Н. Соколовъ совершенно справедливо провелъ рѣзкую и точную грань между понятіями парламентскаго и парламентарнаго кабинета [1]). Парламентарный кабинетъ можетъ быть составленъ въ Америкѣ изъ лицъ, не входящихъ въ составъ Конгресса, да и немедленный отказъ депутата отъ своихъ полномочій въ случаѣ включенія его въ новый кабинетъ при томъ условіи, что онъ получитъ право голоса въ обѣихъ палатахъ ex officio, не наноситъ особенно чувствительнаго вреда принципу парламентарнаго образа правленія. Что же касается возможности такого выбора членовъ кабинета изъ депутатовъ Конгресса, то сама жизнь уже разрушила предубѣжденіе противъ палаты представителей, какъ «резервуара» исполнительной власти, и въ новомъ кабинетѣ президента Вудро Вильсона трое статсъ-секретарей (Берлесонъ, Редфильдъ и Вильсонъ) взяты именно изъ состава палаты.

Если и какъ только будетъ выполнено политическое завѣщаніе Тафта, изложенное имъ въ посланіи Конгрессу отъ 3 декабря 1912 г. и предусматривающее участіе статсъ-секретарей въ засѣданіяхъ обѣихъ палатъ (а по этому вопросу уже врядъ ли могутъ возникнуть сомнѣнія), члены кабинета окажутся вовлеченными въ кругъ вліянія законодательной власти. Принужденные отвѣчать на интерпелляціи, отстаивающіе судьбу того или иного билля, которая отнынѣ не можетъ быть для нихъ безразлична [2]), они естественно должны будутъ выйти изъ положенія простыхъ чиновниковъ, чтобы занять болѣе отвѣтственное положеніе министровъ [3]).

Уже и теперь до проведенія реформы сказывается эта тенденція усиленія парламентарнаго характера должности статсъ-секретарей,

---

[1]) К. Н. Соколовъ, Парламентаризмъ, стран. 247 и сл.

[2]) Интересно отмѣтить нѣкоторые уже пройденные этапы этой эволюціи. Еще въ президентство Джонсона статсъ-секретарь казначейства Meculloh писалъ Конгрессу: «I respectfully recommend... the passage of an act of Congress» («Executive Documents» 1-го сессія 34-го Конгресса, № 135). Позднѣе же отдѣльные статсъ-секретари стали обращаться къ Конгрессу съ вполнѣ разработанными законопроектами и настаивать на ихъ проведеніи. Такъ, напримѣръ, 2 декабря 1907 года слѣдующія соображенія статсъ-секретарей сопровождаютъ представленные ими билли: «It is suggested that legislation in the following language would meet the needs of the situation» («House Documents», 1907, v. 108, № 56) или «with earnest request that it be enacted into law at the present session of Congress» (ibid, № 226).

[3]) Контрасигнированіе актовъ президента явится слѣдующимъ шагомъ въ развитіи министерской отвѣтственности. Вѣдь и французскія конституціи 1814 и 1830 годовъ ничего не говорили о контрасигнированіи.

Digitized by Google

и такой компетентный свидѣтель, какъ спикеръ палаты представителей, долженъ былъ съ огорченіемъ констатировать въ своей статьѣ «Shall the People rule?», «что каждый Божій день члены Конгресса поднимаются со своихъ мѣстъ и безпокойно спрашиваютъ, поддерживается ли или вносится ли главою исполнительнаго департамента тотъ или иной билль. Если это такъ, имъ кажется все благополучнымъ. Если это не такъ, все не годится. Они забываютъ, что эти начальники департаментовъ, которые безъ всякаго сомнѣнія являются сами по себѣ выдающимися людьми, по существу только назначенные президентомъ главные клерки».

Съ другой стороны, есть симптомы, указывающіе и на возможность болѣе активнаго участія президента въ парламентской работѣ. Въ одномъ изъ послѣднихъ номеровъ журнала «The Outlook» [1]) авторитетно сообщается о предположеніяхъ Вильсопа выступать передъ Конгрессомъ въ серьезныхъ случаяхъ съ живымъ словомъ и объ оживленіи, царящемъ нынѣ вокругъ пустовавшей ранѣе комнаты президента въ Конгрессѣ. Президентъ имѣетъ, согласно конституціи, право рекомендовать вниманію Конгресса тѣ законодательныя мѣры, которыя онъ считаетъ необходимыми и полезными («necessary and expedient»); это право, которое окончательно не отмирало даже въ президентство Джонсона, когда всѣ полномочія исполнительной власти были сведены къ самымъ тѣснымъ границамъ, можетъ достигнуть большого значенія въ ближайшіе годы.

Говоря теоретически, переходъ къ системѣ парламентаризма можетъ быть осуществленъ или а) путемъ низведенія президента республики до роли французскаго президента и превращенія статсъ-секретарей въ министровъ, надѣленныхъ политическою властью съ параллельнымъ возвышеніемъ одного изъ нихъ до положенія перваго министра, или б) въ сохраненіи за президентомъ роли перваго министра на обязательномъ условіи солидарности между политикой его кабинета и желаніями Конгресса [2]).

---

[1]) «The Outlook», 1913, p. 845.

[2]) Возможность введенія парламентаризма изъ русскихъ авторовъ положительно признаетъ М. М. Ковалевскій и въ своемъ капитальномъ трудѣ «Отъ прямого народоправства къ представительному и отъ патріархальной монархіи къ парламентаризму» и въ предисловіи къ переведенному П. П. Гронскимъ, Конгрессіональному правленію, Вудро Вильсона, и повидимому, С. А. Котляревскій въ своей статьѣ: Сущность парламентаризма («Юрид. Вѣстникъ», кн. 2). По принципіальнымъ основаніямъ эту возможность отрицаетъ К. Н. Соколовъ, Парламентаризмъ. Изъ иностранныхъ изслѣдователей на сторонѣ отрицанія стоитъ De Chambrum, Le pouvoir exécutiv aux État-Unis, p. 357), на сторонѣ утвержденія L. Barde («Revue du Droit Public», 1894, v. 2, p. 543), повидимому, Вудро Вильсонъ и по существу дѣла Burgess, Political science and comparative constitutional law, v. II, p. 39. Джэмсъ Брайсъ, какъ будетъ особо отмѣчено ниже, примыкаетъ скорѣе къ первой группѣ, но онъ вѣритъ все же въ блестящее будущее палаты пред-

Digitized by Google

Но тотъ тезисъ, который можно поддерживать съ наибольшей долей человѣческаго предвидѣнія, заключается въ утвержденіи, что дуализму, раздиравшему государственный организмъ Соединенныхъ Штатовъ на двѣ чуждыхъ другъ другу половины, — настаетъ безславный и окончательный конецъ. Подводя итоги послѣдней сессіи Конгресса, спикеръ палаты представителей обратился къ депутатамъ съ такимъ заявленіемъ: «Нѣсколько дней тому назадъ лидеръ меньшинства (мистеръ Манъ — руководитель республиканской партіи) выразилъ сожалѣніе по поводу того факта, что мы не имѣемъ отвѣтственнаго правительства подобнаго тому, которое существуетъ въ Великобританіи. Всѣ сознательные люди, думавшіе надъ этимъ вопросомъ, соединяются съ нимъ въ этомъ чувствѣ» [1]). Въ другомъ мѣстѣ тотъ же мистеръ Кларкъ даетъ и обоснованіе своей точкѣ зрѣнія: «Мы могли бы заимствовать отъ англійскаго народа эту идею (парламентаризма), которая бы, какъ я думаю, только усилила нашу систему. Замѣтили ли Вы, что три вѣтви нашего правительства совершенно не координированы. Что онѣ до извѣстной степени находятся въ состояніи вооруженнаго перемирія по отношенію другъ къ другу. Что онѣ большею частью дѣйствуютъ такимъ образомъ, какъ будто бы одна изъ нихъ нуждалась въ защитѣ противъ другой» [2]).

То обстоятельство, что основная тенденція заключается въ необходимости усиленія правительственной власти, нисколько не противорѣчитъ возможности парламентаризма, такъ какъ именно послѣдній въ своемъ новѣйшемъ развитіи обезпечиваетъ силу и значеніе за исполнительной властью, не свойственное ей при другихъ конституціонныхъ формахъ правленія: исполнительная власть, можетъ быть, никогда не была такъ слаба, какъ во время президентства Джаксона при господствѣ яркаго дуализма и никогда можетъ быть не была такъ сильна, какъ теперь въ Англіи въ условіяхъ парламентаризма.

Но возникаетъ вопросъ, достаточно ли сильна законодательная власть, чтобы сдѣлаться центромъ государственной пирамиды. Здѣсь мы подходимъ къ основнымъ проблемамъ конституціоннаго права, которыя здѣсь по необходимости должны быть затронуты очень суммарно.

«Жизненный принципъ» парламентаризма — то, что есть въ этой идеѣ политически цѣннаго, то, что обезпечило послѣдней всемірное

ставителей: «Какія страшныя бури могутъ разражаться въ этой залѣ въ тѣ отдаленные будущіе вѣка, когда европейскіе парламенты утратятъ всякое значеніе». («Американская республика», т. I, стран. 168.)

[1]) Ср. «The Democratic Text-Book», p. 321.

[2]) Сборникъ «The great leaders and national issues of, 1912», p. 60.

Digitized by Google

господство, — заключается не только въ опредѣленнаго рода взаимоотношеніяхъ между исполнительной и законодательной властью, но также и въ предполагаемой гармоніи между послѣдней и общественнымъ мнѣніемъ страны. Парламентаризмъ, въ широкомъ смыслѣ, есть «режимъ обязательной политической солидарности между правительствомъ и органомъ или органами, которые признаются авторитетными выразителями народнаго мнѣнія»[1]), только парламентаризмъ въ узкомъ смыслѣ ограничивается обязательнымъ соотвѣтствіемъ между политикой правительства и желаніями даннаго состава нижней палаты[2]). Если бы содержаніе парламентаризма цѣликомъ исчерпывалось только необходимостью солидарности между нижней палатой парламента и правительствомъ [3]), Chambre introuvable или какая-либо другая палата, построенная на узко-классовомъ основаніи, не должна бы была признаваться принципіально противорѣчащей духу парламентарнаго образа правленія. Уже и подавно такое положеніе вещей, когда палата, которая въ моментъ своего избранія всѣми признавалась за авторитетнаго выразителя мнѣнія народа и лишь потомъ на основаніи нѣкоторыхъ слабыхъ и не всегда достовѣрныхъ симптомовъ, давала поводъ думать о возможности расхожденія ея взглядовъ съ желаніями избирателей, не должно было приводить къ перемѣнѣ правительства, какъ это случилось въ 1905 году съ кабинетомъ Бальфура. Если бы парламентаризмъ всегда обозначалъ только необходимое согласованіе между парламентомъ и прави-

---

[1]) С. А. Котляревскій, Сущность парламентаризма, «Юрид. Вѣстникъ», кн. 2-я.

[2]) Именно такимъ формальнымъ пониманіемъ парламентаризма и объясняется позиція, занятая въ этомъ вопросѣ Брайсомъ. Джэмсъ Брайсъ въ письмѣ къ автору этой статьи, хотя и признаетъ, что «такъ какъ министры Соединенныхъ Штатовъ не зависятъ отъ Конгресса и такъ какъ Конгрессъ не склоняется необходимо къ каждому мнѣнію президента, то (въ Америкѣ) существуетъ потребность въ гармоніи между исполнительной и законодательной властью, и законодат. измѣненія, которыхъ желаетъ народъ или необходимость которыхъ признаетъ исполнительная власть, не могутъ быть проведены съ той быстротой, съ которой они были бы проведены при англійской системѣ»; но оговаривается Брайсъ: «хотя всѣ эти черты американской системы подвергались сильной критикѣ, слѣдуетъ помнить, что измѣненіе ихъ могло бы повлечь за собой другія, можетъ-быть, еще большія несчастія, и я лично не думаю, чтобы для такой обширной страны, какъ Соединенные Штаты было безопасно принять англійскую систему. Опасность предоставленія колоссальной власти одной палатѣ (разбивка моя. Б. Ш.), руководящей кабинетомъ, была бы въ цѣломъ слишкомъ велика (too great)».

[3]) Блестящее обоснованіе такой точки зрѣнія далъ К. Н. Соколовъ (прекрасныя критическія замѣчанія на его теорію въ рецензіи А. С. Алексѣева. «Юридическій Вѣстникъ» 1913, кн. 1). Мнѣ кажется, однако, необходимымъ расширить нѣсколько рамки этого понятія въ направленіи, указанномъ проф. С. А. Котляревскимъ, именно съ точки зрѣнія теоріи Л. І. Петражицкаго. Вопросу этому я предполагаю посвятить самостоятельную работу.

Digitized by Google

тельствомъ, — абсолютно антипарламентарнымъ и противоправнымъ (если признать правовой характеръ парламентаризма) явилось бы продолженіе существованія кабинета, получившаго вотумъ недовѣрія отъ нижней палаты и спасающаго свое существованіе въ надеждѣ на судъ избирателей роспускомъ парламента. Иначе говоря, при такой концепціи слѣдовало бы роспускъ нижней палаты считать несовмѣстимымъ съ принципомъ парламентарнаго образа правленія и гармонію между палатой и народомъ считать за praesumptio juris et de jure. А между тѣмъ это далеко не такъ, и даже первый министръ Англіи Асквитъ, отстаивавшій абсолютное верховенство нижней палаты, долженъ былъ признать наличность такихъ случаевъ, когда нижняя палата не отражаетъ народныхъ воззрѣній[1]).

Если при такихъ условіяхъ роспускъ, возстанавливающій нарушенную гармонію, все же не противорѣчитъ торжеству парламентарнаго принципа, а наоборотъ, ему содѣйствуетъ, то становится несомнѣннымъ, что идея парламентаризма психологическими своими корнями связана съ довѣріемъ электората, лишь находящимъ себѣ выраженіе въ довѣріи парламента. А при такихъ условіяхъ нѣтъ принципіальныхъ основаній и къ тому, чтобы народоправство, развивающееся въ Соединенныхъ Штатахъ, не могло проложить себѣ дороги черезъ парламентъ и посредствомъ парламентаризма[2]).

Неизбѣжнымъ послѣдствіемъ этого вовсе не является усиленіе власти Конгресса за счетъ президента; возможна напротивъ обратная эволюція установленія солидарности путемъ приведенія Конгресса въ отдѣльныхъ случаяхъ къ мнѣнію президента, но тѣмъ или инымъ путемъ дуализмъ въ Соединенныхъ Штатахъ окажется устраненнымъ.

VI.

Быть-можетъ наиболѣе интересной особенностью американской системы является положеніе судебной власти, имѣющей право и возможность аннулировать любой законъ, противорѣчащій постановленіямъ конституціи. При этомъ Верховный судъ Федераціи, надѣленный такою властью вето по отношенію къ представляющимъ населеніе законодательнымъ учрежденіямъ, самъ былъ поставленъ въ независимое отъ смѣны народныхъ воззрѣній положеніе. Разумѣется, сами судьи не могли оставаться совершенно чуждыми той

---

[1]) «Parliamentary Debates», 1910, v. XVI, p. 897. См. подробнѣе статью Б. Е. Шацкаго, Конституціонный кризисъ и представительная система въ Англіи, «Право» № 41, 42, 44 за 1911 годъ.

[2]) Въ этомъ смыслѣ весьма поучительна заслуживающая особаго разсмотрѣнія австрійская практика.

Digitized by Google

политической эволюціи, которую переживали Соединенные Штаты и въ соотвѣтствіе съ этимъ интерпретація конституціи иногда сглаживала острые углы неподвижныхъ ея рамокъ[1]), но естественный консерватизмъ судейскаго элемента, стремящагося къ охранѣ конституціи болѣе, чѣмъ къ удовлетворенію желаній временнаго большинства населенія, углублялъ пропасть между законодательной и судебной властью.

Этой власти судовъ налагать вето на постановленія законодательныхъ учрежденій начала за послѣднее время угрожать серьезная опасность. Въ то время какъ проф. Гудноу разрушалъ теоретическое ея основаніе, утверждая, что въ государствѣ нѣтъ трехъ властей, а есть только двѣ: власть выраженія воли государства и власть исполненія его воли, — въ общественномъ мнѣніи нарастала все болѣе яркая оппозиція противъ этого препятствія, вставшаго на пути демократическаго законодательства.

Конфликтъ между судебной и законодательной властью долженъ былъ достигнутъ особенной остроты именно за послѣднее время, когда неотложные вопросы соціальнаго законодательства стали настоятельно требовать правовой регламентаціи и позади представительныхъ учрежденій стало ощущаться давленіе большинства избирателей. Два эпизода конфликтнаго характера заслуживаютъ быть здѣсь отмѣченными въ общей картинѣ развитія послѣдняго времени. Въ штатѣ Нью-Іоркъ недавно былъ принятъ билль объ отвѣтственности предпринимателей. Основной принципъ закона заключался въ правѣ требовать вознагражденія отъ предпринимателя въ случаѣ полученія увѣчья независимо отъ вины послѣдняго. Верховный судъ шт. Нью-Іоркъ призналъ этотъ законъ, противорѣчащимъ конституціи на томъ основаніи, что онъ дозволяетъ безъ достаточнаго основанія переходъ имущества отъ одного лица къ другому. Желѣзнодорожная компанія получила возможность отказаться отъ вознагражденія семьи погибшаго сцѣпщика вагоновъ, но вокругъ дѣла была создана агитація, пошатнувшая положеніе судебной власти.

Во второмъ характерномъ случаѣ (Standard Oil Company Case) Верховный судъ Соединенныхъ Штатовъ не прямо призналъ законъ неконституціоннымъ, а лишь аннулировалъ его дѣйствіе въ извѣстномъ направленіи. Прокуратура штата Нью-Джерси на основаніи закона Шермана противъ трестовъ (Sherman, Anti-trust law), запрещающаго ограниченіе послѣдними производства въ какой-либо области, начала уголовное преслѣдованіе противъ нефтянаго треста

[1]) Напримѣръ, въ «Нейглъ-Филдсъ case».

Digitized by Google

(Standard Oil Company), принявшаго характеръ монопольнаго предпріятія. Когда дѣло поступило на разсмотрѣніе Верховнаго суда, послѣдній рѣшилъ, что законъ воспрещаетъ не всякое ограниченіе конкуренціи трестами, а только «неразумное, unreasonably» ея ограниченіе, т.-е. иначе говоря, включилъ въ текстъ закона слово и понятіе «unreasonably», которыхъ въ немъ не было и которыя ранѣе были отвергнуты Конгрессомъ. Несмотря на то, что этотъ случай лишь косвенно затрагивалъ сферу законодательной власти, демократическіе слои были испуганы той широтой правъ, которой безконтрольно пользовались судебные органы, и на политическую авансцену выступили реформаторы, выставившіе на ряду со старымъ требованіемъ возможности отозванія судей народомъ (recall of judges) новое предложеніе о пересмотрѣ судебныхъ рѣшеній, уничтожающихъ акты законодательной власти, самимъ народомъ («the recall of judicial decisions»).

Возможность отозванія судей штатовъ, въ свое время защищавшаяся еще Брайаномъ, представляя собою болѣе или менѣе успѣшное средство для борьбы съ укоренившимся зломъ безотвѣтственности судей, не представляетъ принципіальнаго интереса. Но зато второе предложеніе о передачѣ самому народу права истолкованія «своей» собственной конституціи наноситъ ударъ въ самое сердце традиціонной американской теоріи.

«Я полагаю», заявилъ вождь прогрессистовъ Теодоръ Рузвельтъ, «что, когда высшій судъ штата расходится съ представительнымъ собраніемъ по вопросу о конституціонности закона, народъ долженъ имѣть право опредѣлять путемъ выборовъ допускаетъ ли, по его мнѣнію, конституція, которую онъ самъ создалъ, такой законъ или нѣтъ [1])». Въ своемъ исповѣданіи вѣры передъ Національной Прогрессивной Конвенціей 6 августа 1912 года Т. Рузвельтъ развилъ подробнѣе свою аргументацію: «Я отрицаю», говорилъ онъ, «чтобы американскій народъ уступилъ какой-либо группѣ людей, каково бы ни было ихъ положеніе или ихъ характеръ окончательное право рѣшать тѣ основные вопросы, отъ которыхъ зависитъ свободное самоуправленіе. Самъ народъ долженъ быть создателемъ своей собственной конституціи и, когда его агенты расходятся съ нимъ въ ея интерпретаціи, самому народу должна быть предоставлена возможность послѣ полнаго и всесторонняго обсужденія, авторитетно постановить, какое толкованіе онъ даетъ конституціи и это послѣднее должно быть обязательнымъ для его представителей» [2]).

---

[1]) «My political creed» Th. Roosvelt.
[2]) Th. Roosvelt's, Confession of Faith, before the Progressive National Convention, p. 9.

Digitized by Google

Сторонники этого взгляда пытаются утверждать, что такая передача самому народу права послѣдняго слова въ области истолкованія конституціи не представляетъ такого новшества, которое не находило бы себѣ антецедентовъ въ американской исторіи: при нѣкоторыхъ усиліяхъ, правда, можно разыскать на протяженіи XIX вѣка два случая, весьма отдаленно напоминающіе рекомендуемую нынѣ процедуру аннулированія судебныхъ рѣшеній. Такъ, когда при судьѣ Маршэллѣ было вынесено постановленіе, что штатъ Georgia является стороной по отношенію къ частному лицу, народъ отмѣнилъ это рѣшеніе при помощи одиннадцатаго добавленія къ конституціи, постановляющаго, что юрисдикція судовъ Соединенныхъ Штатовъ не распространяется на «any suit in law or in equity» противъ какого-либо штата [1]). Когда въ 1861 году федеральные судьи, симпатизируя возстанію, дозволили собираніе внутреннихъ доходовъ, Конгрессъ Соединенныхъ Штатовъ посредствомъ акта, состоящаго всего изъ двухъ строчекъ, свелъ на нѣтъ значеніе этого постановленія.

Однако, едва ли нужно доказывать, что цѣлая пропасть лежитъ между этими случайными эпизодами, не нарушающими принципіальнаго верховенства судебныхъ органовъ въ области истолкованія дѣйствующихъ постановленій закона и установленіемъ полнаго верховенства народа, нынѣ рекомендуемымъ. То обстоятельство, что Рузвельтъ уже въ своей Columbus Speech провелъ рѣзкую грань между постановленіями федеральной конституціи, попрежнему подверженной толкованію Высшаго суда, и содержаніемъ мѣстныхъ конституцій, освобождаемымъ отъ рѣшительнаго воздѣйствія судебныхъ органовъ, не уничтожаетъ принципіальнаго значенія намѣчающагося процесса, сметающаго на своемъ пути наиболѣе твердыя «сдержки и равновѣсія» въ пользу торжествующаго принципа народнаго контроля.

VII.

Съ слишкомъ большою подозрительностью относясь къ «отцамъ» конституціи, нѣкоторые изслѣдователи упрекаютъ ихъ въ враждебномъ отношеніи къ партіямъ только въ виду представляемой ими возможности расширенія народнаго контроля [2]). Какъ бы то ни было, если даже такія опасенія и были у основоположниковъ американской конституціи, нельзя не сознаться, что ходъ исторіи ихъ мало или вѣрнѣе почти совсѣмъ не подтвердилъ, потому что американскія партіи никогда не были грознымъ орудіемъ демокра-

[1]) Governor of Missiouri Herb. Hadley, The Recall of judicial decisions.
[2]) Напримѣръ, Smith, The Spirit of American Government.

Digitized by Google

тіи. Уже вскорѣ послѣ того, какъ XII поправкой къ конституціи было implicite признано ихъ значеніе въ политической системѣ страны, въ американскихъ партіяхъ началъ развиваться особый классъ политическихъ дѣятелей «боссовъ» или «ринговъ», сосредоточившихъ въ своихъ рукахъ весь контроль за, ставшей могущественной, партійной машиной. Впослѣдствіи сами эти «боссы» подпали подъ вліяніе крупныхъ финансовыхъ корпорацій, но эта перемѣна вмѣсто того, чтобы ихъ ослабить, только усилила ихъ значеніе внутри партійныхъ организацій. Притокъ денежныхъ средствъ, контролируемый «боссами», оказался настолько могущественнымъ, что повліялъ на самый способъ веденія кампаніи и окончательно отдалъ партійную машину подъ контроль безотвѣтственныхъ вліяній. Намѣчающаяся и здѣсь тенденція консолидаціи отвѣтственности, выражающаяся въ стремленіи уничтоженія сторонніхъ вліяній, проявляется въ этой области двумя путями: 1) путемъ воздѣйствія государственной власти на наиболѣе вопіющіе недостатки партійной системы и 2) путемъ процессовъ самостоятельно совершающихся внутри партійныхъ организацій [1]).

Вмѣшательство государственной власти въ чисто партійныя дѣла выражается: а) въ требованіи отчетности финансовой стороны ихъ дѣятельности, которое теперь проведено почти во всѣхъ штатахъ и даже въ федеральномъ законодательствѣ на основаніи закона 25 іюня 1910 года, б) въ различнаго рода запретительныхъ постановленіяхъ, воспрещающихъ финансированіе партійныхъ комитетовъ крупными корпораціями и дающими исчерпывающее перечисленіе закономѣрныхъ расходовъ. Невада въ 1895 году первой подала примѣръ въ этомъ отношеніи. За нею послѣдовало къ настоящему времени болѣе 20 штатовъ (и, кромѣ того, болѣе 10 спеціально запрещаютъ пожертвованія со стороны страховыхъ компаній) и федеральное правительство въ нѣкоторой степени; болѣе радикальное демократическое законодательство еще не прошло Сенатъ, и в) въ принятіи государствомъ на свой счетъ закономѣрныхъ партійныхъ расходовъ. Въ декабрѣ 1907 года Теодоръ Рузвельтъ въ своемъ посланіи (message) къ 60-му конгрессу впервые потребовалъ, чтобы послѣдній сдѣлалъ ассигнованіе для этой цѣли («provided an appropriation for the proper and legitimate expenses of every party»), но до сихъ поръ это наиболѣе радикальное рѣшеніе нашло себѣ мѣсто только въ отдѣльныхъ штатахъ. Такъ, напримѣръ, Колорадо распредѣляетъ отпускаемыя штатомъ средства pro rata между всѣми партіями, предоставляя имъ по 25 центовъ за

[1]) Анализъ второго пункта выходитъ за рамки настоящей статьи

Digitized by Google

каждый голосъ, полученный на предыдущихъ выборахъ. Нельзя не согласиться съ Роб. Бруксомъ[1]), что такое своеобразное разрѣшеніе весьма сложнаго вопроса о томъ, на основаніи какого критерія распредѣлять денежную помощь государства между партіями, — является прямымъ закрѣпленіемъ status quo ante; г) въ узаконенной государствомъ системѣ выборовъ партійныхъ кандидатовъ всѣми избирателями, заявляющими въ моментъ этихъ предварительныхъ выборовъ о своемъ сочувствіи тому или иному партійному направленію. Этой системѣ «direct primaries elections» предстоитъ, какъ намъ кажется, большое будущее въ ярко демократическихъ странахъ. Она увеличитъ удѣльный вѣсъ голоса каждаго избирателя и уменьшитъ деспотическое вліяніе руководящихъ партійныхъ круговъ, возстанавливая такимъ образомъ непосредственную отвѣтственность представителей передъ электоратомъ.

Не имѣя возможности въ этомъ общемъ обзорѣ переживаемой Соединенными Штатами эволюціи болѣе подробно остановиться на оцѣнкѣ одного изъ частныхъ ея проявленій, я долженъ буду только въ двухъ словахъ остановиться на функціонированіи этой системы въ одномъ изъ типическихъ штатовъ. Вмѣсто того, чтобы, по примѣру прошлыхъ лѣтъ, поручать все дѣло избранія кандидатовъ партійнымъ конвентамъ, большею частью выполнявшимъ волю закулисныхъ руководителей, жители штата Миннезота въ 1912 году всѣ участвовали въ предварительныхъ выборахъ. Серьезный прогрессъ замѣчается прежде всего въ томъ, что на нѣкоторыя должности, напримѣръ, должности судей, кандидаты избираются не на основаніи партійныхъ соображеній, а по степени ихъ пригодности. Что же касается всѣхъ другихъ должностей, то избиратель, заявляя о своемъ желаніи голосовать въ рядахъ той или иной партіи, вмѣстѣ съ тѣмъ пріобрѣтаетъ право указывать двухъ кандидатовъ на каждую должность. Первый изъ его кандидатовъ имѣетъ безусловное значеніе, второй идетъ въ подсчетъ только въ томъ случаѣ, если ни одинъ кандидатъ, намѣченный въ качествѣ перваго выбора, не получилъ абсолютнаго большинства. Въ такомъ случаѣ голоса того кандидата, который получилъ менѣе всѣхъ при первомъ выборѣ, не принимаются болѣе во вниманіе, такъ какъ онъ не имѣетъ шансовъ быть избраннымъ, и тѣ кандидаты, которыхъ избиратели условно намѣтили въ случаѣ неудачи ихъ перваго кандидата, получаютъ соотвѣтствующее приращеніе. Эта процедура прибавленія условныхъ голосовъ продолжается до тѣхъ поръ, пока кто-либо изъ первыхъ кандидатовъ не получитъ абсолютнаго большинства.

[1]) Robert Brooks, The corruption in American Politics, p. 223.

Digitized by Google

Авторъ «Американской реснублики» Джемсъ Брайсъ въ письмѣ къ автору этой статьи, стоя на точкѣ зрѣнія большаго соотвѣтствія англійскаго парламента требованіямъ общественнаго мнѣнія по сравненію съ американскимъ Конгрессомъ, объясняетъ это обстоятельство отчасти существованіемъ того, что въ Соединенныхъ Штатахъ называется «машиною», т.-е. избраніемъ кандидатовъ партійными организаціями и признаетъ, что система предварительныхъ выборовъ, которая вводится въ настоящее время, имѣетъ цѣлью разрушить власть этой машины и создать болѣе непосредственныя отношенія между гражданами и ихъ представителями. «Однако» осторожно замѣчаетъ Брайсъ: «еще слишкомъ рано судить, будетъ ли достигнутъ этотъ результатъ. Я не думаю, что власть партійныхъ каукусовъ увеличивается въ настоящее время; наоборотъ, система народныхъ primaries и иниціативы ведетъ скорѣе къ уменьшенію ихъ значенія. Однако, возможно, что весь процессъ закончится тѣмъ, что партійные каукусы овладѣютъ контролемъ надъ primaries».

Нѣтъ недостатка и въ фактахъ, подтверждающихъ основательность осторожныхъ предположеній Брайса. Даже такой восторженный поклонникъ новой системы, какъ Теодоръ Рузвельтъ долженъ былъ признать въ своей статьѣ «The Nationalism and popular rule», что въ настоящее время существуютъ города, въ которыхъ система боссизма при наличности непосредственныхъ предварительныхъ выборовъ вкоренилась такъ же прочно, какъ и въ тѣхъ, гдѣ ихъ никогда не было; такъ при наличности референдума и иниціативы Вермонтъ не имѣетъ практически ни того, ни другого, а Орегонъ пользуется обоими.

Но это печальное обстоятельство не является принципіальнымъ возраженіемъ противъ системы предварительныхъ выборовъ кандидатовъ, оно указываетъ лишь на то, какъ сильно укрѣпились въ американскихъ условіяхъ различные «боссы» и «ринги» и какъ умѣло они иногда приспособляются даже къ самымъ неблагопріятнымъ условіямъ. Нѣкоторые штаты въ предчувствіи еще не наступившей опасности проектируютъ уже двукратные предварительные выборы, окончательно уничтожающіе по мнѣнію авторовъ предложенія возможность постороннихъ вліяній. Но кажется несомнѣннымъ, что окончательное устраненіе боссизма во всѣхъ областяхъ американской жизни требуетъ кромѣ введенія предварительныхъ народн. выборовъ еще ослабленія той системы сдержекъ и равновѣсій, при которой можетъ быть «одни только боссы» по выраженію проф. Гудноу «и спасаютъ американскую систему отъ впаденія въ окончательный хаосъ и анархію». И само собою разумѣется, что это нисколько не подрываетъ крайне важнаго самостоятельнаго

Digitized by Google

значенія системы предварительныхъ выборовъ, въ одномъ отношеніи способной сыграть въ особенности благодарную національную роль. Я имѣю въ виду предварительные выборы кандидата въ президенты сторонниками каждой партіи. Поразителенъ быстрый успѣхъ этого движенія: только при выборахъ делегатовъ на республиканскую конвенцію іюня 1912 года происходили первые предварительные выборы въ Иллинойсѣ, Массачузетсѣ, Сѣверной Дакотѣ, Пенсильваніи и нѣсколькихъ другихъ штатахъ, а теперь уже представляется несомнѣннымъ, что на долю партійныхъ конвентовъ 1916 года выпадетъ только регистрація количества голосовъ, поданныхъ широкими массами сочувствующихъ партій избирателей за того или другого кандидата. Одно неизбѣжное послѣдствіе можетъ быть заранѣе учтено при этой эволюціи: система предварительныхъ выборовъ партійныхъ кандидатовъ устранитъ возможность избранія такъ называемыхъ «dark horses» (темныхъ лошадей), зачастую выплывавшихъ на авансцену въ партійныхъ конвентахъ, при наличности двухъ сильныхъ и популярныхъ кандидатовъ. Болѣе высокія требованія, предъявляемыя народными массами, сведутъ до минимума возможность появленія въ Бѣломъ Домѣ такихъ незначительныхъ величинъ, какъ, напримѣръ, президентъ Полкъ, послѣ избранія котораго въ населеніи шли нескончаемые разспросы о его личности и взглядахъ, раньше совершенно неизвѣстныхъ народу [1]).

VIII.

Въ отличіе отъ системы парламентарнаго правленія, которая была отвергнута отцами конституціи en plaine connaissance de cause, подтвержденіемъ чему служатъ разсужденія авторовъ «Федералиста», институтъ референдума былъ обойденъ ими скорѣе въ силу инстинктивнаго недовѣрія къ политическимъ способностямъ широкихъ массъ, чѣмъ вслѣдствіе сознательнаго сопоставленія различныхъ системъ управленія. И въ самомъ дѣлѣ, какъ могли участники филадельфійскаго конвента сочувствовать системѣ непосредственнаго народоправства, когда Гамильтонъ увѣрялъ, что «all communities divide themselves into the few and many» [2]), и что «народъ не имѣетъ постоянства, необходимаго для систематическаго управленія» [3]), а Мадисонъ мечталъ о законахъ, которые могли бы «to protect the opulent minority against the majority» [4]). Такимъ образомъ и Гамильтонъ и Мадисонъ, несмотря на нѣкоторую разницу

[1]) См. объ этомъ президентѣ M. Ostrogorsky, 1912, франц. изд., p. 352.
[2]) «Elliot's Debates on the Federal Constitution», v. I, p. 421.
[3]) ibid., v. II, p. 302.
[4]) ibid., v. I, p. 450.

Digitized by Google

въ ихъ убѣжденіяхъ (впослѣдствіи обострившуюся до того, что послѣдній даже подпалъ подъ вліяніе Джефферсона), были безусловно согласны въ боязни слишкомъ далеко проведеннаго демократическаго строя и даже самъ «великій демократъ» Томасъ Джефферсонъ, говоря словами Джемса Брайса, «не былъ сторонникомъ прямого народнаго голосованія, о которомъ вообще мало говорили въ тѣ дни, но, какъ кажется, былъ проникнутъ вѣрой въ представительную систему, въ убѣжденіи, что представители будутъ быстро слѣдовать за взглядами народа»[1]).

Но, если на зарѣ XIX вѣка и находились люди, которые питали подобныя иллюзіи, то необходимо сознаться, что печальная дѣйствительность начала XX столѣтія ихъ далеко не оправдала. Интересно при этомъ отмѣтить, что помимо тѣхъ органическихъ процессовъ роста партійныхъ организацій и развитія комитетскаго правленія, которые подготовили этотъ неожиданный результатъ, доля вины за создавшееся положеніе вещей лежитъ и на ничѣмъ въ Америкѣ не сглаженномъ противорѣчіи между юридическимъ и фактическимъ положеніемъ депутатовъ. Фактически, какъ извѣстно. американскія законодательныя учрежденія не всегда являются вѣрнымъ зеркаломъ страны; связь между депутатами и избирателями въ Америкѣ гораздо слабѣе, нежели въ Англіи. А между тѣмъ въ то время, какъ существованіе англійской палаты общинъ всегда покоится на praesumptio juris гармоніи между желаніями избирателей и дѣйствіями депутатовъ, презумпціи всегда могущей быть подвергнутой испытанію посредствомъ роспуска парламента, — въ Америкѣ эта гармонія юридически конструируется, какъ praesumptio juris et de jure свободное отъ какихъ бы то ни было возраженій.

Общая всѣмъ демократіямъ тенденція укорачиванія срока депутатскихъ полномочій нашла себѣ выраженіе и въ Америкѣ, но на ряду съ этимъ практическая потребность своевременнаго отраженія депутатами народныхъ воззрѣній ощущается такъ слабо въ Соединенныхъ Штатахъ, что до сихъ поръ примѣняется старое правило, въ силу котораго проходитъ болѣе года (13 мѣсяцевъ) между избраніемъ членовъ новой палаты представителей и ея созывомъ. О какой политической отвѣтственности представителей можетъ итти рѣчь, когда части депутатовъ не на что надѣяться, а части нечего терять. Благодаря этому правилу создается такое любопытное положеніе вещей, что, если бы на выборахъ въ январѣ текущаго года ни одинъ изъ кандидатовъ не получилъ нужныхъ 266 изъ 531 выборщика,

[1]) Письмо къ автору этой статьи.

Digitized by Google

выборъ президента республики изъ трехъ кандидатовъ, получившихъ наибольшее количество голосовъ, производился бы (каждый штатъ при этомъ имѣлъ бы лишь одинъ голосъ) не палатой представителей новаго состава, а палатой представителей стараго состава, которая подвергается перевыборамъ очевидно потому, что не можетъ болѣе считаться выразительницей мнѣній народа. Не слѣдуетъ къ тому же забывать, что правило это узаконяющее столь продолжительное функціонированіе стараго Конгресса при наличности новаго, не поставлено подъ защиту конституціи и все-таки не смотря на то, что отмѣна его не требуетъ сложной процедуры пересмотра, — вопросъ этотъ не привлекъ еще къ себѣ вниманія широкихъ общественныхъ круговъ.

Индифферентизмъ по отношенію къ этому вопросу представляетъ въ настоящее время только частное отраженіе той общей тенденціи, которая, повидимому, увлекаетъ (на болѣе или менѣе долгій срокъ) политическую мысль Соединенныхъ Штатовъ въ сторону народоправства. Панацеи отъ существенныхъ въ американскихъ условіяхъ недостатковъ представительнаго строя многіе склонны искать не въ устраненіи послѣднихъ, а въ томъ устремленіи широкихъ народныхъ массъ на политическую авансцену, которое такъ ярко обрисовалось въ Америкѣ за послѣднее десятилѣтіе [1]).

Поразителенъ успѣхъ этого движенія. Только въ 1898 году Южная Дакота первая приняла поправку къ конституціи, дѣлающую референдумъ и иниціативу новымъ способомъ для изданія обыкновенныхъ законовъ, а между тѣмъ съ тѣхъ поръ волна демократизма захватила уже широкую арену: въ 1900 году штатъ Утахъ послѣдовалъ примѣру Южной Дакоты, въ 1902 году Орегонъ, въ 1904 — Невада, въ 1906 — Монтана, въ 1907 — Оклахома, въ 1908 — Мэнъ, въ 1909 — Миссури, въ 1910 — Арканзасъ и Колорадо, въ 1911 — Аризона, Калифорнія и Новая Мексика, въ 1912 — Огайо и продолжается оживленная агитація въ пользу введенія этихъ мѣръ во многихъ другихъ штатахъ. Главнымъ факторомъ, способствующимъ распространенію этихъ институтовъ является, разумѣется, недовѣріе къ представительнымъ учрежденіямъ, но не лишено симптоматическаго значенія и то обстоятельство, что сами законодательныя собранія, чувствуя свое безсиліе, часто склонны были возлагать отвѣтственность за проведеніе тѣхъ или иныхъ биллей на электоратъ и вызвали даже судебное рѣшеніе, признающее такую делегацію законодательной власти народу помимо постановленій конституціи

[1]) Никто изъ отвѣтственныхъ политиковъ, однако, не выдвигаетъ референдума и иниціативы въ замѣну представительнаго правленія; наоборотъ, рѣчь идетъ только о коррективахъ послѣдняго.

Digitized by Google

ultra vires палатъ. Не имѣя возможности здѣсь болѣе подробно остановиться на этой эволюціи, я хотѣлъ бы только отмѣтить одно изъ возможныхъ ея послѣдствій: ослабленіе барьера, отдѣляющаго въ Америкѣ конституціонное законодательство отъ обыкновеннаго.

Проводимая въ видѣ коррективa къ представительной системѣ реформа эта можетъ вызвать нѣкоторое улучшеніе въ политическихъ условіяхъ отдѣльныхъ штатовъ, но разумѣется о примѣненіи ея въ федераціи въ качествѣ нормальнаго законодательнаго порядка — не можетъ быть и рѣчи.

Что же касается послѣдняго члена демократической тріады — отозванія представителей законодательной и исполнительной властей самимъ народомъ до истеченія срока ихъ полномочій, то и оно находитъ себѣ примѣненіе пока только въ отдѣльныхъ штатахъ, но я не рѣшился бы съ полной увѣренностью въ своей правотѣ сказать, что и въ будущемъ не поднимется движенія въ пользу досрочнаго отозванія президента республики.

Еще Джефферсонъ геніально предугадалъ ярко обрисовавшуюся къ настоящему времени особенность американской политической обстановки. Настаивая, какъ извѣстно, на томъ, чтобы продолжительность полномочій президента равнялась шести годамъ, Джефферсонъ изъ Парижа писалъ въ Вашингтонъ, что вновь созданное положеніе, въ силу котораго президентъ фактически избирается на восемь лѣтъ, но съ правомъ народа отозвать его по истеченіи четырехъ лѣтъ еще болѣе его удовлетворяетъ, чѣмъ первоначально предложенный имъ планъ. Теперь снова поднимается вопросъ объ увеличеніи срока полномочій президента до шести лѣтъ; эта мѣра нашла себѣ даже поддержку въ посланіи Вилліама Тафта къ Конгрессу отъ 3 декабря 1912 года. Если бы это предложеніе, что вполнѣ вѣроятно, было осуществлено въ ближайшемъ будущемъ, возможно, что вскорѣ послѣ этого всплылъ бы на поверхность и вопросъ о провѣркѣ степени согласованности между президентомъ и его избирателями. Если бы эта сомнительная, но все-таки стоящая въ ряду грядущихъ возможностей перспектива, осуществилась, классификація формъ правленія претерпѣла бы нѣкоторыя измѣненія; въ ней нужно было бы отвести особое мѣсто для государствъ, въ которыхъ власть не только назначенія, но и смѣщенія главы исполнительной власти принадлежитъ непосредственно самому народу.

IX.

Послѣдній вопросъ, подлежащій выясненію въ настоящей работѣ,— это вопросъ о способахъ проведенія указанныхъ преобразованій въ американской системѣ.

Digitized by Google

Не смотря на то, что всѣ усилія были приложены къ тому, чтобы придать американской конституціи «священный» характеръ и сдѣлать ее наиболѣе трудно измѣняемымъ документомъ, отступленія отъ первоначальнаго текста ея шли въ ней путемъ измѣненій и преобразованій. Вмѣстѣ съ тѣмъ, съ другой стороны обнаружилось, что сопротивленіе соціальной среды иногда дѣлало мертвой буквой нѣкоторыя ея постановленія, нашедшія себѣ формальное закрѣпленіе въ самомъ текстѣ. Такъ напримѣръ, XV дополненіе къ конституціи гласитъ: «The right of citizen of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or any state on account of race, color, or previous condition of servitude»; § 2 даетъ и добавочную санкцію этому вполнѣ ясному постановленію: «The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation». Внутренній смыслъ этого постановленія не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній: его прямая цѣль заключается въ томъ, чтобы обезпечить избирательное право за освобожденной негритянской расой. Но интересно отмѣтить, что на практикѣ цѣль законодателя оказалась недостигнутой. Правда, въ Сѣверныхъ Штатахъ, гдѣ число черныхъ весьма незначительно, они пользуются избирательнымъ правомъ (фактически только активнымъ)[1]), но въ Южныхъ Штатахъ постановленіе конституціи не оказало никакого вліянія на избирательное право негровъ. Во всѣхъ Южныхъ Штатахъ (Коннектикутѣ, Миссисипи, Масачузетсѣ, Луизіанѣ, Южной Каролинѣ и т. д.) существуютъ постановленія, такъ или иначе ограничивающія или вѣрнѣе сводящія къ нулю права, предоставленныя неграмъ федеральной конституціей. Въ зависимости отъ условій, наиболѣе успѣшно ведущихъ къ цѣли, въ нѣкоторыхъ изъ южныхъ штатовъ требуется образовательный или имущественный цензъ, а въ нѣкоторыхъ кромѣ умѣнія читать и писать по-англійски къ избирателямъ еще предъявляется требованіе «удовлетворительно» объяснить какую-либо главу конституціи. Совершенно понятно (и политическіе дѣятели Южныхъ Штатовъ сами признаютъ это), какъ мало шансовъ имѣетъ негръ, экзаменуемый комиссіей, состоящей исключительно изъ бѣлыхъ, на признаніе своего права тѣмъ болѣе, если принять во вниманіе, что къ расовой ненависти здѣсь примѣшиваются и политическія разногласія: всѣ негры Южныхъ Штатовъ безъ исключенія со времени ихъ освобожденія Авраамомъ Линкольномъ принадлежатъ къ республиканской партіи, а всѣ бѣлые

---

[1]) Первый негръ въ палатѣ представителей появился въ 1870 году въ качествѣ депутата отъ Южной Каролины. Въ Сенатѣ за все время его существованія присутствовалъ только одинъ негръ Bruce отъ Миссисипи съ 1875 до 1881 года.

Digitized by Google

(кромѣ тѣхъ немногихъ, которые не боятся строжайшаго общественнаго бойкота) къ демократической. Болѣе 500.000 взрослыхъ негровъ мужескаго пола лишены посредствомъ такого рода постановленій избирательнаго права въ Соединенныхъ Штатахъ, и будущее въ этомъ вопросѣ настолько мало обѣщаетъ для негровъ, что, какъ мы видѣли, демократическая партія готова была даже отказаться отъ билля, проводящаго наиболѣе дорогіе ей принципы, чтобы только не допустить официальнаго подтвержденія цифръ, и такъ не составляющихъ секрета о взаимномъ соотношеніи числа голосующихъ и неголосующихъ негровъ по сравненію съ бѣлымъ населеніемъ.

Уже изъ печальной судьбы XV добавленія можно усмотрѣть, что въ американской государственной системѣ находятъ себѣ мѣсто и процессы, независимые отъ измѣненій формальнаго текста ея конституціи.

1) Федеральная власть вопреки предсказаніямъ противоположнаго характера, пашедшимъ себѣ мѣсто въ «Федералистѣ» за послѣднее время быстро усиливается. Еще Авраамъ Линкольнъ говорилъ: «Моя обязанность и присяга заключаются въ томъ, чтобы поддерживать ненарушимымъ право штатовъ контролировать согласно съ конституціей свои собственныя дѣла по своему собственному усмотрѣнію. Такое поддержаніе необходимо для сохраненія равновѣсія властей, на которомъ покоятся наши учрежденія»[1]). Теодоръ Рузвельтъ уже далеко ушелъ отъ Линкольна, который въ свое время справедливо считался крайнимъ защитникомъ федеральной идеи: «Права штатовъ должны быть охраняемы, когда они обозначаютъ права народа («the peoples rights»), но не когда они обозначаютъ его несчастья «the peoples wrongs»).

Получившая громадную силу и значеніе Interstate Commerce Commission является однимъ изъ наиболѣе яркихъ показателей новаго порядка вещей. И любопытно отмѣтить, что даже избранный президентомъ кандидатъ демократической партіи Вудро Вильсонъ, хотя онъ и является преемникомъ идей Джефферсона и Джаксона, отстаивавшихъ самостоятельное значеніе Штатовъ, — также силой вещей принужденъ будетъ итти навстрѣчу этой тенденціи, напримѣръ, въ вопросѣ о регулированіи дѣятельности трестовъ или объ охранѣ женскаго и дѣтскаго труда. Вообще, не подлежитъ болѣе никакому сомнѣнію, что первоначальная доктрина, по которой федеральной власти принадлежатъ только прямо оговоренныя права, смѣнились воскреспувшей въ лицѣ Рузвельта старой доктри-

[1]) Цитирую по Pierce, The Federal Usurpation.

Digitized by Google

ной судьи Вильсона (1785 г.), по которой всѣ вновь возникающія дѣла, превышающія силы штатовъ, входятъ въ компетенцію федеральной власти.

2) На ряду съ формально закрѣпленными въ конституціи постановленіями американская политическая жизнь создала «соглашенія», иногда обладающія не меньшею по сравненію съ писаннымъ правомъ регулирующею силою.

а) Конституція, напримѣръ, вовсе не требуетъ, чтобы выборщики президента избирались на основаніи всеобщаго права; Виллоугби въ своемъ замѣчательномъ комментаріи къ американской конституціи совершенно справедливо замѣчаетъ, что нѣтъ никакихъ формальныхъ препятствій къ тому, чтобы выборщики эти «избирались директорами банковъ, или синагогами» [1]) и все же всеобщее избирательное право послѣдовательно завоевало всѣ штаты, и новѣйшее развитіе повелительно диктуетъ дальнѣйшее его распространеніе и на женскую половину населенія Америки (женское избирательное право уже осуществлено въ Калифорніи, Вайолинѣ, Вашингтонѣ, Колорадо, Идахо, Утахъ и въ четырехъ вновь завоеванныхъ 5 ноября 1912 года суффражистками штатахъ); суженіе же избирательнаго права, юридически вполнѣ возможное, всѣми бы разсматривалось какъ дѣйствіе противоправное.

б) Конституція не содержитъ постановленій, ограничивающихъ право одного и того же лица быть выбраннымъ болѣе двухъ разъ на постъ президента. Но Вашингтонъ и Джефферсонъ установили прецедентъ, согласно которому максимальная продолжительность полномочій президента не должна была превышать восьми лѣтъ. Когда Джаксонъ требовалъ закрѣпленія этого обычая, подтвержденнаго снова примѣромъ Мадисона и Монрое, въ сенатѣ ему возразили, что установившееся соглашеніе само по себѣ является достаточной гарантіей. И когда генералъ Уллисъ Грантъ выставилъ свою кандидатуру на третье президентство, палата представителей 15 декабря 1875 года (большинствомъ 233 противъ 18) приняла слѣдующую резолюцію: «по мнѣнію этой палаты прецедентъ, установленный Вашингтономъ и другими президентами Соединенныхъ Штатовъ покидать должность по истеченіи второго срока ихъ полномочій сталъ путемъ всеобщаго признанія частью нашей республиканской формы правленія и что отступленіе отъ этого освященнаго временемъ обычая было бы неразумно, непатріотично и полно опасности для нашихъ свободныхъ институтовъ»[2]).

---

[1]) W. W. Willoughby, The Constitutional law of the United States, p. 1126.

[2]) «The Unwritten law» «North American Review», апрѣль 1912.

Digitized by Google

Такимъ образомъ попытки нарушенія этихъ «конституціонныхъ соглашеній», какъ это, между прочимъ, обнаружилось и во время кампаніи 1912 года при выставленіи кандидатуры Теодора Рузвельта, склонны вызывать противъ себя сильную правовую реакцію. Но все же слѣдуетъ признать, что вѣковое дерево американской конституціи за время своего существованія не успѣло обрости той густой зеленью широко раскинувшихся вѣтвей, которая покрываетъ, а иногда и скрываетъ тощій стволъ англійскаго писаннаго права. Основная причина этого явленія понятна: судебная охрана, подъ защиту которой поставлена американская конституція, питаетъ ее тѣмъ живительнымъ сокомъ, который въ то же время парализуетъ большую часть попытокъ внѣконституціоннаго измѣненія основныхъ законовъ страны. Если нѣкоторыя народныя требованія и просачиваются сквозь желѣзныя сплетенія неизмѣняемыхъ параграфовъ конституціи, то въ большинствѣ случаевъ они являются только провозвѣстниками труднаго процесса пересмотра, впредь до лучшихъ временъ предоставляющими неудобный обходъ закона. Такъ, напримѣръ, за послѣднее время въ общественномъ сознаніи все болѣе стала укрѣпляться мысль о желательности ограниченія полномочій президента однимъ срокомъ; Вилліамъ Тафтъ всталъ на сторону этого преобразованія въ своемъ посланіи къ конгрессу отъ 3 декабря 1912 года. Нельзя не сознаться, что въ пользу этой реформы могутъ быть приведены довольно вѣскія соображенія: второй срокъ полномочій былъ и у Кливеленда и у Рузвельта гораздо успѣшнѣе перваго именно потому, что въ указанное время они оба, зная о невозможности своего переизбранія, чувствовали себя гораздо болѣе независимыми отъ закулисныхъ партійныхъ вліяній, чѣмъ въ первые четыре года своего пребыванія въ Бѣломъ Домѣ. Слѣдуя этому требованію общественнаго мнѣнія, демократическая партія изыскала способъ его осуществленія помимо сложной процедуры измѣненія конституціи путемъ включенія въ платформу, принятую Бальтиморской конвенціей 1912 года обязательства кандидата въ президенты отказаться въ случаѣ избранія отъ вторичной кандидатуры. Такое разрѣшеніе вопроса pour le moment является удовлетворительнымъ, но вполнѣ естественно, что принципіальные его сторонники внесли соотвѣтствующее предложеніе въ палату представителей, чтобы устранить въ будущемъ всякую возможность недоразумѣній.

Еще болѣе сложнымъ оказался путь, приведшій нынѣ къ реформѣ способа избранія сенаторовъ.

Конституція постановляетъ (Section III, 51): «The Senate of the United States shall be composed of two senators, from each state,

Digitized by Google

chosen by the legislature there of»; избраніе сенаторовъ мѣстными законодательными собраніями здѣсь, очевидно, противополагается прямымъ выборамъ членовъ нижней палаты, а между тѣмъ всего два года тому назадъ въ Орегонѣ республиканское законодательное собраніе (разумѣется, вопреки своему собственному желанію) выбрало федеральнымъ сенаторомъ демократа, а въ Невадѣ, наоборотъ, также подчиняясь прямо выраженной волѣ избирателей, демократическое собраніе избрало республиканца. Такимъ образомъ, то прямое избраніе сенаторовъ, которое Андрю Джонсонъ рекомендовалъ въ своемъ посланіи Конгрессу 55 лѣтъ тому назадъ, которое Prohibition Party включила въ свою платформу сорокъ лѣтъ тому назадъ, а народная 28, которое стоитъ на знамени демократической партіи, если не съ 1892, то съ 1900 года, постепенно просачивается сквозь толщу враждебныхъ вліяній и наканунѣ его проведенія въ законодательномъ порядкѣ оказывается осуществленнымъ въ нѣкоторыхъ штатахъ помимо и даже вопреки постановленіямъ конституціи.

Но самый процессъ измѣненія тектста конституціи, необходимаго для единообразнаго примѣненія на всей территоріи Штатовъ того или иного нововведенія, встрѣчаетъ на своемъ пути чрезвычайныя затрудненія. Такъ напримѣръ, проведенное теперь требованіе о прямомъ избраніи сенаторовъ народнымъ голосованіемъ (ведущее свою исторію еще отъ филадельфійскаго конвента 1787 года, на которомъ оно поддерживалось делегатомъ Пенсильваніи Джемсомъ Вильсономъ) еще въ 1874 году было выдвинуто Калифорніей и Иллиноисомъ; въ 1890 году резолюція обѣихъ палатъ Индіаны постановила обратиться по тому же поводу къ Конгрессу, 31 штатъ съ тѣхъ поръ послѣдовали ея примѣру. Для того, чтобы ускорить проведеніе реформы многіе штаты назначали комитеты, призывавшіе къ содѣйствію законодательныя палаты другихъ штатовъ, передъ выборами федеральныхъ сенаторовъ кандидаты принуждены были во многихъ мѣстахъ давать соотвѣтствующее обязательство; федеральная палата представителей, начиная съ 1893 года, пять разъ высказалась подавляющимъ большинствомъ за принятіе этого добавленія и тѣмъ не менѣе только 1913 годъ принесъ странѣ желанное измѣненіе въ конституціи [1]).

Вполнѣ естественно, что въ связи съ общей тенденціей предоставленія волѣ народа возможно болѣе полнаго и своевременнаго выраженія возникла потребность и въ упрощеніи сложнаго механизма пересмотра конституціи. «Въ настоящее время», пишетъ

[1]) Оно будетъ носить названіе «17 Amendment».

Digitized by Google

Вилліамъ Дженнингсъ Брайанъ автору этой статьи, «поднимается также движеніе въ пользу болѣе легкаго способа измѣненія конституціи, и я нисколько не сомнѣваюсь въ томъ, что это удастся провести, хотя рядъ годовъ, быть-можетъ, пройдетъ до осуществленія реформы. Теперь поправка къ конституціи должна быть предложена $^2/_3$ обѣихъ палатъ и потомъ утверждена $^3/_4$ штатовъ. Но нѣтъ достаточнаго основанія, по которому измѣненіе не могло бы быть предложено простымъ большинствомъ голосовъ въ обѣихъ палатахъ, точно такъ же какъ не существуетъ и дѣйствительнаго довода въ пользу того, чтобы больше простого большинства штатовъ, если только они включаютъ въ себя большинство населенія, — было необходимо для утвержденія». Такъ заканчивается обширная глава американской политической жизни, въ которой самымъ любопытнымъ, какъ справедливо указывалъ Вильсонъ въ одной изъ своихъ рѣчей, является то обстоятельство, что американскій народъ въ теченіе полувѣка позволялъ собою управлять тѣмъ лицамъ, которыхъ онъ вовсе не призывалъ для этой цѣли.

Б. Е. Шацкій.

Digitized by Google

Защита субъективныхъ публичныхъ правъ посредствомъ иска.

Съ тѣхъ поръ какъ «подданный» сталъ «гражданиномъ», съ тѣхъ поръ, какъ отношеніе государственнаго властвованія стало правоотношеніемъ и среди громовъ великихъ переворотовъ возникло понятіе индивидуальныхъ правъ, понятіе, впослѣдствіи освобожденное отъ первоначальной естественно-правовой одежды и обращенное въ строгое позитивно-юридическое понятіе субъективныхъ публичныхъ правъ, — вопросъ о способахъ охраны этихъ правъ и, въ частности о возстановленіи ихъ въ случаѣ нарушенія, сталъ однимъ изъ центральныхъ вопросовъ государственной жизни. Въ настоящее время въ этомъ отношеніи въ передовыхъ государствахъ достигнуты уже большіе успѣхи. Независимо отъ ряда косвенныхъ средствъ предупрежденія правонарушеній со стороны публичной власти и матеріальнаго и моральнаго удовлетворенія потерпѣвшихъ — сюда относятся и та или иная организація какъ высшихъ государственныхъ, такъ и административныхъ и судебныхъ учрежденій, и разнообразныя средства контроля со стороны общественнаго мнѣнія и политическая и судебная отвѣтственность должностныхъ лицъ, — въ положительномъ правѣ современныхъ государствъ существуетъ въ болѣе или менѣе опредѣленномъ видѣ возстановленіе субъективныхъ публичныхъ правъ въ томъ прямомъ и непосредственномъ смыслѣ, какъ это понимается относительно субъективныхъ правъ частныхъ: путемъ иска о возстановленіи нарушеннаго права, путемъ возбужденія частнымъ лицомъ, противъ власти, какъ стороны, процесса о правѣ публичномъ, процесса, происходящаго въ судебно-состязательномъ или болѣе или менѣе близкомъ къ таковому порядкѣ.

Но эта уже существующая исковая защита публичныхъ правъ гражданъ повсюду на европейскомъ континентѣ, носитъ крайне несовершенный, недоразвитый характеръ. Мы имѣемъ здѣсь въ виду не тѣ несовершенства, которыя фактически понижаютъ ея до-

Digitized by Google

стоинство, несовершенства въ организаціи, разсматривающихъ подлежащіе споры о правѣ, судовъ, состоящія въ большей или меньшей связи этихъ судовъ съ активной администраціей и большей или меньшей возможности правительственнаго на нихъ вліянія, — однимъ словомъ, заключающіяся въ томъ, что правовые споры по поводу дѣйствій администраціи разрѣшаются иногда учрежденіями, отъ нея же зависимыми. Мы имѣемъ въ виду то обстоятельство, что исковая защита субъективныхъ публичныхъ правъ нигдѣ не доведена до своихъ логическихъ предѣловъ, а поэтому съ чисто-юридической точки зрѣнія не является столь же полной и дѣйствительной, какъ исковая защита субъективныхъ правъ частныхъ. Изъ безусловной необходимости полнаго обезпеченія дѣйствительной возможности осуществленія всякаго разъ признаннаго субъективнаго права, непосредственно вытекаетъ тотъ принципъ, давнымъ давно выработанный правомъ частнымъ, что право иска является логическимъ дополненіемъ матеріальнаго права (незащищаемыя искомъ права римскаго права потому и считались исключеніями, правами неполными, «ненастоящими» — iura naturalia), что всякое нарушеніе всякаго права даетъ основаніе къ возбужденію спора о нарушенномъ правѣ, спора, приводящаго къ обязательному для сторонъ рѣшенію, которое разрѣшаетъ споръ въ полномъ объемѣ и предписываетъ возстановить нарушенное право всѣми необходимыми для того средствами. Этотъ принципъ, какъ увидимъ, не осуществленъ ни въ одной изъ существующихъ на континентѣ системъ исковой защиты публичныхъ правъ гражданъ.

Необходимо имѣть въ виду еще другую сторону вопроса. Принципъ иска, какъ дополненія матеріальнаго права, имѣетъ въ частномъ правѣ двоякое значеніе. Искъ есть полное и дѣйствительное средство возстановленія всякаго нарушеннаго права; но онъ вмѣстѣ съ тѣмъ есть принципіально-единственное средство принудительнаго осуществленія требованій. Въ континентальномъ публичномъ правѣ положеніе совершенно иное: публичныя требованія администраціи къ частнымъ лицамъ по общему правилу подлежатъ непосредственному принудительному осуществленію. Такимъ образомъ передъ нами двѣ стороны, изъ которыхъ одна всегда можетъ непосредственно измѣнить фактическое положеніе въ свою пользу; ей вовсе не нужно выступать въ роли истца, она всегда сохраняетъ за собою роль отвѣтчика[1]) и еще въ этой роли пользуется значитель-

[1]) Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage (Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik, 1884) S. 427 ff.) А. М. Кулишеръ, Господство права и административное принужденіе («Юридическія Записки», изд. Демидовскимъ Юридическимъ лицеемъ, 1911 г., I), стран. 7—11.

Digitized by Google

ными привилегіями. Другая въ любой моментъ, по одностороннему усмотрѣнію противной стороны, можетъ лишиться возможности осуществленія своего права; она можетъ защищать свои права только путемъ иска съ своей стороны; и это право иска является неполнымъ и ограниченнымъ. Возможность неправомѣрнаго измѣненія фактическаго положенія значительно больше; возможность возстановленія правомѣрнаго состоянія значительно меньше, — такова степень обезпеченности дѣйствительнаго осуществленія публично-правовыхъ нормъ, въ сравненіи со степенью обезпеченности дѣйствительнаго осуществленія нормъ частно-правовыхъ. Разсматривать ли вопросъ съ точки зрѣнія охраны субъективныхъ правъ или съ точки зрѣнія дѣйствительнаго господства объективнаго права, — выводъ получается одинъ и тотъ же.

Но если таково положеніе дѣлъ въ настоящее время, то, намъ кажется, ходъ исторической эволюціи идетъ въ сторону измѣненія этого положенія именно въ томъ направленіи, которое указывается логикой правовыхъ принциповъ. Расширеніе и интенсификація исковой защиты субъективныхъ публичныхъ правъ, приближеніе ея къ вышеуказаннымъ логическимъ предѣламъ, — таковъ объективный ходъ ея развитія, несмотря на то, что, какъ увидимъ ниже, осуществленіе принципа, являющагося логическимъ завершеніемъ и (конечно лишь въ смыслѣ образнаго выраженія) «объективной цѣлью» этой эволюціи, нигдѣ на континентѣ еще не стало сознательной цѣлью законодателя.

Въ дальнѣйшемъ мы разсмотримъ системы особаго, такъ называемаго административнаго иска, «бельгійскую» систему и, наконецъ, отношеніе англійскаго права къ разсматриваемому вопросу[1]).

I.

Административный искъ въ Германіи, развитіе котораго началось сравнительно недавно, находится до сихъ поръ на весьма низкомъ уровнѣ. Въ законодательствахъ германскихъ государствъ, за исключеніемъ развѣ Вюртемберга, мы не встрѣчаемъ почти никакихъ слѣдовъ сознанія того, что административный искъ есть такое же средство защиты субъективныхъ публичныхъ правъ, какимъ является искъ гражданскій въ области права частнаго и, какъ таковое,

---

[1]) Существующіе въ русскомъ правѣ элементы административнаго иска находятся на столь зачаточной ступени развитія, что изслѣдованіе ихъ съ этой, чисто теоретической точки зрѣнія, не представляетъ особаго интереса.

Digitized by Google

долженъ обнимать всѣ случаи административныхъ правонарушеній[1]). Несмотря на полное отдѣленіе (правда, только въ высшей инстанціи) административнаго суда отъ активной администраціи, несмотря на отдѣленіе (во всѣхъ инстанціяхъ) административно-судебнаго порядка (съ судебными формами) отъ порядка административнаго, несмотря на различіе административнаго иска (Klage) отъ административной жалобы (Beschwerde), въ самомъ административномъ искѣ сохранились многія черты жалобы по начальству. Такой чертой, — общей всѣмъ видамъ германскихъ административныхъ исковъ и во всѣхъ государствахъ, — является то, что административно-судебному обжалованію подлежатъ только дѣйствія подчиненнаго управленія, но никогда не верховнаго. Это ограниченіе совершенно непонятное, если административный искъ есть дѣйствительно искъ о возстановленіи права; никакія соображенія о достоинствѣ или безотвѣтственности монарха не имѣютъ никакого отношенія къ дѣлу, такъ какъ дѣло всегда идетъ о правоотношеніи между гражданиномъ и государствомъ, юридическимъ лицомъ публичнаго права; по существу отвѣтчикъ одинъ и тотъ же. Напротивъ, если административный искъ есть особый видъ административной жалобы, то вполнѣ понятно, что глава государства не подчиненъ и не можетъ быть подчиненъ въ порядкѣ обжалованія никакому административному учрежденію[2]).

Первоначальнымъ типомъ германской административной юстиціи, созданнымъ (по французскому образцу) еще до постановки принципіальнаго вопроса объ административномъ судѣ, были такъ называемые Parteistreitigkeiten, т.-е. споры частныхъ лицъ или корпорацій между собою, по поводу тѣхъ или иныхъ административныхъ актовъ или публичныхъ обязанностей. Это и были первоначальныя «Administrativjustizsachen», для которыхъ былъ впервые созданъ особый «порядокъ административной юстиціи» передъ административными учрежденіями (гессенскій законъ 1832 г., саксонскій 1835 г., вюртембергскій 1855 г.). Напротивъ, въ другихъ государствахъ и, прежде всего, въ Пруссіи, развитіе судебнаго контроля надъ дѣйствіями администраціи шло первоначально въ другомъ направленіи: допущенія въ нѣкоторыхъ (правда, немногихъ

---

[1]) Въ литературѣ, какъ увидимъ ниже, такое положеніе высказывалось; оно даже непосредственно вытекало изъ господствовавшей въ свое время теоріи административной юстиціи. Но въ настоящее время это направленіе вытѣсняется другимъ, прямо враждебнымъ такому принципу.

[2]) Въ Пруссіи, на основаніи ст. 102 конституціи, королевскіе указы пользуются абсолютнымъ иммунитетомъ, т.-е. не только не подлежатъ обжалованію, но провѣрка ихъ законности вообще недопустима ни при какихъ условіяхъ и никакимъ судомъ. Такъ «просто» разрѣшенъ здѣсь вопросъ о затрудняющихъ французскую юриспруденцію «политическихъ» актахъ.

Digitized by Google

и лишенныхъ всякаго политическаго значенія) случаяхъ общесудебнаго иска (Rechtsweg) въ спорахъ о правѣ публичномъ (законы 1808, 1842, 1861 гг.). Послѣ знаменитой полемики 50-хъ и 60-хъ годовъ и побѣды Гнейстовской школы надъ сторонниками единства судебной власти, развитіе административной юстиціи пошло скорѣе, но главнымъ образомъ въ отношеніи организаціи административнаго суда и упорядоченія административнаго процесса, обращавшихъ на себя главное вниманіе и литературы и общества. Вопросъ о компетенціи административныхъ судовъ оставался сравнительно на заднемъ планѣ. Компетенція эта несомнѣнно расширялась и расширяется. Ограниченіе ея одними Parteistreitigkeiten давно оставлено (кромѣ Гессена). Она обнимаетъ повсюду цѣлую массу споровъ между частными лицами и самими органами администраціи. Но до принципа исковой защиты всякаго нарушеннаго права еще очень далеко. Самый способъ опредѣленія компетенціи административныхъ судовъ прямо противоположенъ этому принципу. Это такъ наз. Enumerationsmethode. Законъ детально перечисляетъ споры, подлежащіе разсмотрѣнію административныхъ судовъ. Правонарушенія администраціи, не относящіяся къ предметамъ, положительно указаннымъ въ законѣ, eo ipso не подлежатъ административно-судебному обжалованію. Эта система нѣсколько модифицирована въ Баденѣ и въ Пруссіи, гдѣ кромѣ детальныхъ постановленій существуютъ такъ наз. Generalklauseln, т.-е. общія формулы, путемъ которыхъ сужденію административнаго суда подчиняется цѣлая отрасль управленія. Такъ, на основаніи ст. 127-й прусскаго закона 30 іюля 1883 г. (Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung) обжалованію въ административный судъ подлежатъ всѣ распоряженія мѣстныхъ полицейскихъ властей (Ortspolizeibehörden). Жалоба можетъ быть основана или на непримѣненіи либо неправильномъ примѣненіи дѣйствующаго права (закона или обязательнаго постановленія) или на отсутствіи фактическихъ обстоятельствъ, обусловливающихъ право полиціи издать данное распоряженіе. Далѣе прусское законодательство знаетъ нѣкоторые случаи административно-судебнаго обжалованія въ «полномъ объемѣ», т.-е. не только по основаніямъ юридическимъ, но и по основаніямъ цѣлесообразности [1]).

Особнякомъ среди германскихъ государствъ, въ отношеніи опредѣленія полномочій административнаго суда стоятъ Вюртембергъ и Саксонія. Уже на основаніи вюртембергской конституціи 1819 года тайный совѣтъ при участіи предсѣдателей верховнаго суда раз-

[1]) См. O. Müller, Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege, S. 11—18.

Digitized by Google

сматривалъ жалобы на распоряженія министровъ. Практика ограничила это обжалованіе случаями нарушенія субъективнаго права. При учрежденіи административнаго суда въ 1866 году разсмотрѣніе этихъ жалобъ было передано ему. Вслѣдствіе этого административная юстиція въ Вюртембергѣ распадается на двѣ части. Детальнымъ перечнемъ регулируются только Parteistreitigkeiten, разсматриваемыя различными административными учрежденіями въ административно-судебномъ порядкѣ въ первой инстанціи и Штутгартскимъ административнымъ судомъ во второй. Напротивъ, право обжалованія актовъ власти основано на общемъ принципѣ. На всякое публично-правовое рѣшеніе или распоряженіе (auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung) можетъ быть подана жалоба въ административный судъ, если данное распоряженіе является юридически-необоснованнымъ и тѣмъ нарушаетъ принадлежащее жалобщику право или налагаетъ на него незаконную обязанность. При этомъ административный судъ провѣряетъ и фактическія обстоятельства, обусловливающія правонарушенія. Эта генеральная жалоба (Rechtsbeschwerde) подошла бы уже довольно близко къ общему иску о возстановленіи субъективныхъ публичныхъ правъ, если бы въ ней не сохранилась рѣзкая черта той административной жалобы, изъ которой она выросла: необходимость полнаго исчерпанія инстанціоннаго порядка, предварительно обращенія къ административному суду [1]).

Саксонія, знавшая до 1900 года административную юстицію только для Parteistreitigkeiten, не имѣвшая вовсе административнаго суда, при учрежденіи послѣдняго въ 1900 году, ввела жалобу (Anfechtungsklage) на незаконныя (gesetzwidrige) распоряженія общихъ административныхъ властей [2]) (министерствъ, мѣстныхъ коллегіальныхъ учрежденій), неподлежащія дальнѣйшему обжалованію въ иномъ порядкѣ. Но эта жалоба значительно у́же вюртембергской. Что касается министерскихъ распоряженій, то законъ говоритъ общимъ образомъ только о распоряженіяхъ министерства внутреннихъ дѣлъ, состоявшихся вслѣдствіе жалобы на подчиненныя учрежденія; случаи обжалованія распоряженій непосредственно отъ этого министерства исходящихъ и распоря-

[1]) Законъ 16 декабря 1876 г., стт. 13, 16, 59. Göz, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 1908, S. 165.

[2]) По мнѣнію О. Майера, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 275, Anm. 30, понятіе «незаконности» слѣдуетъ толковать ограничительно: должно быть нарушеніе закона, какъ такового; административный судъ можетъ провѣрять и фактическія обстоятельства, съ наличностью которыхъ законъ связываетъ извѣстныя послѣдствія; но сюда не подойдетъ неправильное истолкованіе концессій, разрѣшеній и т. д.

Digitized by Google

женій другихъ министерствъ отдѣльно перечислены. Далѣе законъ вовсе не касается распоряженій особенныхъ административныхъ властей [1]).

Компетенція административнаго суда въ Австріи основана на общемъ принципѣ. Въ этотъ судъ можетъ быть подана жалоба на всякое постановленіе центральныхъ, провинціальныхъ и общинныхъ властей имперіи, нарушающее право жалобщиковъ. Но австрійскую судебно-административную жалобу никакъ нельзя признать искомъ о возстановленіи нарушеннаго права. Она носитъ рѣзко опредѣленный характеръ кассаціонной жалобы на административныя распоряженія. Отношенія административнаго суда къ административнымъ органамъ абсолютно-тождественны съ отношеніями кассаціоннаго суда къ судамъ по существу. Предварительно обращенія къ административному суду, жалобщикъ долженъ исчерпать средства инстанціоннаго обжалованія. Административный судъ разсматриваетъ только вопросы юридическіе, примѣняя законъ къ фактамъ, какъ они установлены послѣдней административной инстанціей. Если оказывается, что законъ неправильно примѣненъ администраціей, то судъ отмѣняетъ обжалованное постановленіе въ цѣломъ, предоставляя сторонамъ снова обратиться къ администраціи. Довольно своеобразное дополненіе къ этой обыкновенной административно-судебной жалобѣ, образуетъ «спеціальная административная юстиція», отправляемая не административнымъ, а имперскимъ судомъ. Разсмотрѣнію этого суда подлежатъ во-первыхъ, иски противъ государства или «земли», основанныя на нарушеніи пріобрѣтеннаго права и не подлежащіе разсмотрѣнію въ гражданско-судебномъ порядкѣ; во-вторыхъ, жалобы на нарушеніе правъ, гарантированныхъ конституціей. Относительно послѣднихъ требуется исчерпаніе инстанціоннаго порядка; судъ не выноситъ вообще никакого приговора по существу, а только теоретически констатируетъ, что право нарушено [2]).

Низкой степени развитія административнаго иска въ Германіи и Австріи соотвѣтствуетъ неопредѣленное положеніе этого вопроса въ нѣмецкой литературѣ. Со стороны основныхъ теоретическихъ предпосылокъ нѣмецкіе полицеисты находились въ вопросѣ о сущности административной юстиціи въ весьма благопріятномъ положеніи. Для нихъ не существовало того камня преткновенія, которымъ являлась старая теорія раздѣленія властей для ихъ фран-

---

[1]) Законъ 19 іюля 1900 года, стт. 73, 75. Другими законами Anfechtungsklage распространена на нѣкоторыя распоряженія особенныхъ органовъ. O. Mayer, S. 273.

[2]) Ulbrich, Das Österreichische Staatsrecht, 1904, S. 232—234.

Digitized by Google

цузскихъ собратьевъ. Напротивъ, именно германская наука государственнаго права провела различіе между понятіями суда и администраціи въ формальномъ (или «субъективномъ») и въ матеріальномъ (или «объективномъ») смыслѣ и установила абстрактную категорію правосудія въ матеріальномъ смыслѣ, въ которую входитъ всякій актъ, безразлично отъ какого органа исходящій, сущность котораго состоитъ въ разрѣшеніи спора о правѣ, безразлично частномъ или публичномъ. Между тѣмъ, вопросъ о юридической природѣ административной юстиціи не только нельзя считать рѣшеннымъ въ административной наукѣ, но въ этомъ вопросѣ нельзя не констатировать даже нѣкотораго регресса. Господствовавшее въ 80-хъ годахъ[1]) воззрѣніе дѣйствительно признавало административную юстицію объективно — правосудіемъ и видѣла ея сущность въ возстановленіи нарушенныхъ администраціей субъективныхъ правъ гражданъ[2]). Отсюда (по крайней мѣрѣ нѣкоторыми) и дѣлался тотъ выводъ, что естественные предѣлы административной юстиціи совпадаютъ съ предѣлами споровъ о правѣ между администраціей и частными лицами[3]), что она является необходимой категоріей съ точки зрѣнія логики юридическихъ принциповъ, что «съ понятіемъ административнаго права, дано и понятіе административной юстиціи»[4]).

Но эта высоко-принципіальная точка зрѣнія въ настоящее время, повидимому, все болѣе и болѣе вытѣсняется совершенно другимъ воззрѣніемъ[5]). Никто иной, какъ О. Майеръ нанесъ тяжкій ударъ правовой теоріи. Вся его критика въ существѣ дѣла основывается на томъ «простомъ» фактѣ, что «на самомъ дѣлѣ» объемъ административной юстиціи ни въ ту, ни въ другую сторону не соотвѣтствуетъ понятію разрѣшенія споровъ о правѣ. Не только не всѣ «споры о правѣ» разрѣшаются административными судами[6]), но съ другой стороны, въ особенности прусское законодательство

[1]) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 163.

[2]) Достаточно указать Löning, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 797 ff. v. Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, S. 218. v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, S. 65, 73, 76. Другая теорія, отрицающая существованіе субъективныхъ публичныхъ правъ, считаетъ задачей административной юстиціи охрану объективнаго права. (Съ этою теоріей мы еще встрѣтимся въ ея гораздо болѣе интересной французской переработкѣ). См. Bornhak, Preussiches Staatsrecht, II, S. 413. Смѣшанную теорію встрѣчаемъ у G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts (изд. Dochow, 1910), S. 47.

[3]) v. Stengel, l. c., S. 212.

[4]) v. Sarwey, l. c., S. 76.

[5]) W. Müller. Rechtskraft im Verwaltungsstreitverfahren, 1910, S. 28.

[6]) Deutsches Verwaltungsrecht, S. 170, Anm. 16; принятый большинствомъ законодательствъ методъ перечисленія показываетъ, «wie wenig es dem Begriff der Verwaltungsrechtsprechung hilft, dass man ihn für «von selbst gegeben» erklärt.

Digitized by Google

въ рядѣ случаевъ включаетъ въ административную юстицію разсмотрѣніе жалобъ на административныя распоряженія, не только съ точки зрѣнія права, но и съ точки зрѣнія цѣлесообразности, — устанавливаетъ административно-судебный контроль не только надъ исполненіемъ закона, но и надъ административнымъ усмотрѣніемъ. Это фактъ, съ которымъ теорія не можетъ не считаться [1]). Все недоразумѣніе происходитъ, по мнѣнію Майера, отъ совершенно неправильнаго отожествленія роли административнаго суда въ административномъ правѣ, съ ролью суда гражданскаго въ правѣ частномъ. Основная сущность судебнаго приговора состоитъ въ томъ, что онъ является примѣняющимъ законъ къ частному случаю начальственнымъ указаніемъ (obrigkeitlicher Ausspruch), опредѣляющимъ, что въ данномъ случаѣ должно быть правомъ. Поэтому въ гражданскомъ правѣ судебный приговоръ необходимъ для примѣненія закона. Но въ области права административнаго, всякое административное распоряженіе есть начальственное указаніе о томъ, что въ данномъ случаѣ должно быть для подданнаго правомъ (was für ihn Rechtens sein soll) [2]). Одни изъ административныхъ распоряженій являются «свободными», — администраціи предоставлено собственнымъ рѣшеніемъ опредѣлить новое правоотношеніе; другія столь же связаны закономъ, какъ судебный приговоръ, являются такимъ же исполненіемъ закона [3]). Акты административной юстиціи имѣютъ еще нѣкоторыя свойства гражданско-судебнаго приговора, которыхъ нѣтъ у обыкновеннаго административнаго распоряженія — привлеченіе лица, котораго дѣло касается въ качествѣ стороны и силу судебнаго рѣшенія (materielle Rechtskraft) [4]). Они суть административныя распоряженія съ этими особыми свойствами (такъ какъ нѣкоторые элементы судебнаго приговора есть во всякомъ административномъ распоряженіи), но они не необходимы логически для исполненія закона. Отъ положительнаго законодательства вполнѣ зависитъ придавать ли эти особенныя свойства только актамъ «связаннымъ», и въ какихъ именно случаяхъ или и актамъ свободнаго усмотрѣнія, — во всякомъ случаѣ, и тѣ, и другія суть вполнѣ акты административной юстиціи. «Полную административную юстицію» (volle Verwaltungsrechtspflege), мы будемъ имѣть какъ разъ тамъ, гдѣ она разрѣшаетъ какое-либо дѣло въ полномъ объемѣ (въ частности, въ подлежащихъ случаяхъ,

[1]) Ibid., S. 164—169. «Das ist eine Thatsache, um die man nicht herum kommt (S. 169)... Auf diese Wirklichkeit wird es allein nur ankommen» (S. 166, Anm. 11).
[2]) Ibid., S. 95.
[3]) Ibid., S. 100—102, 164—167.
[4]) Ibid., S. 162, 172—178.

Digitized by Google

разрѣшаетъ и вопросы цѣлесообразности). Затѣмъ возможны различныя ограниченія (въ частности исключеніе вопросовъ усмотрѣнія); тогда имѣется «ограниченная административная юстиція» (beschränkte Verwaltungsrechtspflege)[1]). Но ни та, ни другая не являются логически необходимыми. Въ гражданскомъ правѣ правосудіе является единственной правоохраной (der Rechtsschutz); административные законы исполняются различными административными учрежденіями и право охраняется здѣсь разными средствами — и административная юстиція является только однимъ изъ спеціальныхъ способовъ (eine spezielle Vorkehrung)[2]). Самое существованіе, а тѣмъ болѣе объемъ административной юстиціи вопросъ цѣлесообразности[3]).

То же, по существу, воззрѣніе въ значительно упрощенномъ видѣ проводитъ О. Мюллеръ, который и считается собственно отцомъ этой теоріи. Ссылаясь на тѣ же случаи изъ прусскаго законодательства, въ которыхъ административному суду передано разсмотрѣніе вопросовъ цѣлесообразности, онъ приходитъ къ выводу, что административная юстиція есть въ объективномъ отношеніи «просто» администрація, отличаясь отъ другихъ видовъ этой послѣдней только по своимъ судебнымъ формамъ[4]). Къ этой редакціи впослѣдствіи присоединился и самъ Майеръ[5]).

Теоретическая аргументація Майера, при всей несомнѣнной оригинальности, основана на нѣкоторомъ смѣшеніи понятій. Если говорятъ, что администрація «исполняетъ» законъ, то это значитъ только то, что она исполняетъ свою законную обязанность. Но законныя обязанности выполняютъ и частныя лица. Административное распоряженіе, является ли оно для даннаго органа при данныхъ условіяхъ безусловно-обязательнымъ, предоставлено ли администраціи усмотрѣніе, можетъ имѣть только одно послѣдствіе: созданіе новыхъ конкретныхъ правъ и обязанностей, созданіе новаго конкретнаго правоотношенія. Глубоко-правильно Лабандъ[6]) именуетъ его сдѣлкой публичнаго права. Вся разница съ сдѣлками частными, которыя тоже нерѣдко являются выполненіемъ обя-

---

[1]) Ibid., S. 166—170, 187 ff.
[2]) Ibid., S. 162—170.
[3]) Ibid., S. 170. Его же, Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 270. «Verwaltungsrechtspflege ist nichts selbstverständliches, sondern bedeutet eine besondere Einrichtung, die das Gesetz nach Zweckmässigkeit gewährt und nicht gewährt».
[4]) O. Müller, Begriffe der Verwaltungsrechtspflege nach preussischen Recht, S. 1—74.
[5]) Въ «Archiv des öffentlichen Rechts XXI», S. 2 ff.
[6]) «Staatsrecht des deutschen Reiches», I, S. 659. Это опредѣленіе принимаетъ и самъ Майеръ для «свободныхъ распоряженій». «Verw.», I, S. 97.

Digitized by Google

занностей[1]), заключается въ матеріальномъ содержаніи, устанавливаемыхъ односторонней сдѣлкой правоотношеній. Судебное рѣшеніе «исполняетъ законъ» въ совершенно иномъ смыслѣ, — оно устанавливаетъ дѣйствительное существованіе и значеніе спорнаго правоотношенія; поэтому-то послѣдствіемъ его является не возникновеніе новаго правоотношенія, а особенная «новація» стараго, которое принимается за таковое, какимъ оно признано судомъ: отсюда особенная «сила судебнаго рѣшенія». Въ этомъ и только въ этомъ смыслѣ оно facit ius. Это не какой-либо одинъ элементъ этого понятія, въ этомъ вся его сущность. Сказать, что у административнаго распоряженія и судебнаго рѣшенія есть тотъ общій элементъ, что оба устанавливаютъ, «что въ конкретномъ случаѣ должно быть правомъ», значитъ допустить подстановку понятій, такъ какъ смыслъ этого выраженія въ обоихъ случаяхъ совершенно разный; административное распоряженіе «устанавливаетъ право» лишь въ томъ же смыслѣ, какъ всякая частная сдѣлка. Есть, правда, одно свойство, изъ котораго на первый взглядъ вытекаетъ нѣкоторая общность судебнаго рѣшенія и административнаго распоряженія и рѣзкое отличіе между послѣднимъ и частными сдѣлками, именно въ отношеніи вытекающаго изъ нихъ установленія права, — и это то свойство Майеръ, собственно говоря, и имѣетъ въ виду[2]). Дѣло въ томъ, что и судебное рѣшеніе, и административное распоряженіе, обладаютъ той «силой», что оба подлежатъ принудительному исполненію. Въ частности, съ этой точки зрѣнія, можетъ представиться, что «связанныя» административныя распоряженія, также принудительно исполняютъ законъ, какъ и судебныя рѣшенія. Но принудительному исполненію подлежатъ вообще не законъ, не общая норма, какъ таковая, а только конкретныя правоотношенія. Если въ современномъ гражданскомъ правѣ подлежатъ принудительному исполненію только судебныя рѣшенія, то это значитъ, что здѣсь правоотношенія принудительно осуществляются только послѣ признанія ихъ судебнымъ приговоромъ, разрѣшившимъ споръ объ ихъ дѣйствительности и значеніи. Если административныя распоряженія принудительно исполняются (на континентѣ и то не всегда, но не въ Англіи[3]) сами по себѣ, то это значитъ, что

[1]) Какъ, напр., всякій договоръ, основанный на предшествующемъ pactum de contrahendo.

[2]) См. Ibid., I, S. 95 ff., а также отдѣлъ «Verwaltungszwang».

[3]) Самъ же Майеръ, одинъ изъ первыхъ указалъ на рядъ случаевъ германскаго права, въ которыхъ требованія администраціи осуществляются въ порядкѣ административной юстиціи. Ibid., I, S. 180 ff. Если бы ему не мѣшала его собственная теорія административной юстиціи, онъ бы долженъ былъ притти къ заключенію, что здѣсь имѣется не какое-то изданіе первоначальнаго административнаго акта въ формахъ административной юстиціи,

Digitized by Google

здѣсь вытекающее изъ сдѣлки правоотношеніе принудительно осуществляется (заинтересованной стороной), безъ того, чтобы споръ о немъ былъ разрѣшенъ судебнымъ рѣшеніемъ,—какъ то было общимъ правиломъ въ первобытномъ гражданскомъ правѣ. Порядокъ принудительнаго исполненія какого-либо акта, самъ по себѣ еще не мѣняетъ сущность производимаго имъ установленія права. Сторона, имѣющая право самоуправно осуществлять свои притязанія, еще не дѣлается отъ этого судомъ, сдѣлка (такія сдѣлки до сихъ поръ признаются современными гражданскими законодательствами въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ) подлежащая непосредственному, внѣсудебному осуществленію, еще не дѣлается отъ этого судебнымъ приговоромъ, не facit ius въ смыслѣ этого послѣдняго. Если въ первобытномъ правѣ, лицо, управомоченное по сдѣлкѣ могло самоуправно осуществить свое требованіе, то это означало только то, что ему, въ дополненіе къ извѣстному матеріальному праву, принадлежало право самоуправнаго осуществленія, между тѣмъ, какъ въ настоящее время такимъ дополненіемъ является право иска. И только это же самое означаетъ непосредственное принудительное осуществленіе административныхъ распоряженій. Съ другой стороны, нельзя признать и того, что порядокъ принудительнаго осуществленія является конститутивнымъ различіемъ между частными сдѣлками и административными распоряженіями, между публичнымъ и частнымъ правомъ. Податной списокъ, устанавливаемый англійскимъ органомъ мѣстнаго самоуправленія, не становится частно-правовой сдѣлкой оттого, что взысканіе налога происходитъ въ судебномъ порядкѣ[1]), разъ здѣсь устанавливается одностороннимъ актомъ такое правоотношеніе, которое само по себѣ принципіально не можетъ быть установлено одностороннимъ волеизъявленіемъ частнаго лица. Но изъ того, что въ континентальномъ административномъ правѣ существуетъ самоуправный порядокъ исполненія административныхъ требованій, конечно, не только не слѣдуетъ, что это административное самоуправство можетъ, съ точки зрѣнія правъ частныхъ лицъ, въ какомъ бы то не было смыслѣ, замѣнить ту правоохрану, которую даетъ судебное разрѣшеніе споровъ, что эта правоохрана съ меньшей необходимостью вытекаетъ изъ признанія закономъ субъективныхъ публичныхъ правъ, чѣмъ правоохрана гражданско-су-

---

а осуществленіе требованій администраціи путемъ настоящаго судебнаго иска. Ср. Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage», Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung u. s. w., 1884, S. 432. А. Кулишеръ. Господство права и административное принужденіе, стран. 18, 46—49.

[1]) А. Кулишеръ. Господство права, стран. 30.

Digitized by Google

дебная изъ существованія субъективныхъ правъ частныхъ, — но, напротивъ, это обстоятельство является лишнимъ и чрезвычайно важнымъ основаніемъ для возможно широкаго установленія исковой охраны субъективныхъ публичныхъ правъ.

Переходя къ теоріи административной юстиціи по существу, нельзя не замѣтить, что ссылка на отдѣльные случаи, въ которыхъ административные суды разрѣшаютъ вопросы цѣлесообразности въ качествѣ возраженія противъ опредѣленія административной юстиціи въ матеріальномъ смыслѣ, какъ разрѣшенія споровъ о правѣ, является весьма наивной. Теорія, исходящая изъ различенія актовъ правосудія и актовъ административныхъ по критерію ихъ существа, независимо отъ органа и формъ разсмотрѣнія, не можетъ быть «опровергнута» тѣмъ «фактомъ», что законодатель соединилъ въ одной и той же формѣ разсмотрѣнія передъ однимъ и тѣмъ же органомъ акты обѣихъ категорій. Несомнѣнно, что рядомъ съ понятіемъ административной юстиціи въ матеріальномъ смыслѣ, возможно понятіе ея въ смыслѣ формальномъ; оно никакъ не можетъ «опровергнуть» первое. Мы уже указывали, что установленіе матеріальныхъ категорій суда и администраціи, независимо отъ органа и формы, является важной заслугой германской науки. Въ самомъ дѣлѣ, самыя «судебныя формы» — судъ, стороны, состязаніе и т. д. — являются ничѣмъ инымъ, какъ приспособленіемъ порядка разсмотрѣнія къ разбирательству именно споровъ о правѣ. Это приспособленіе историческій фактъ, давнымъ давно происшедшій въ области гражданскаго права, повторившійся въ сравнительно недавнее время въ области права уголовнаго и происходящій на нашихъ глазахъ въ области права административнаго. Едва ли достаточно единичныхъ случаевъ изъ прусскаго законодательства, чтобы утверждать, что эта эволюція приняла другое направленіе и пересматривать всю теорію административной юстиціи. Другое дѣло несомнѣнно общее явленіе усиленія административно-судебнаго контроля надъ соблюденіемъ духа и цѣли закона и ограниченія путемъ судебнаго толкованія неопредѣленно широкихъ административныхъ полномочій. Майеръ увидалъ контроль надъ «усмотрѣніемъ» въ прусской генеральной жалобѣ на полицейскія распоряженія, основанной на отсутствіи фактическихъ условій ихъ изданія[1]). По его мнѣнію, усмотрѣніе полиціи слагается изъ двухъ частей: оцѣнка того, подходятъ ли фактическія условія для изданія распоряженія и пріисканіе средствъ для достиженія поставленной цѣли. Административный судъ контролируетъ только

[1]) Verwaltungsrecht, S. 192—194.

Digitized by Google

первую сторону; eo ipso онъ отчасти контролируетъ и вторую, разрѣшая вопросъ, не перешло ли распоряженіе полиціи границы нормальнаго при данныхъ обстоятельствахъ. Въ подтвержденіе Майеръ ссылается на практику верховнаго административнаго суда, который находилъ, что жалоба можетъ быть основана на томъ, что «распоряженіе перешло крайнія границы, поставленныя усмотрѣнію и вообще не основано на объективныхъ полицейскихъ мотивахъ» и на томъ, что «распоряженіе, при данныхъ условіяхъ совершенно ушло въ сторону и непригодно для достиженія поставленной имъ цѣли». Но установленіе фактическихъ обстоятельствъ можетъ имѣть значеніе только въ двухъ отношеніяхъ: есть ли на лицо фактическія условія, съ которыми законъ связываетъ возможность изданія даннаго распоряженія; есть ли на лицо условія, при которыхъ какое-либо опредѣленное распоряженіе цѣлесообразно. Оцѣнка фактическихъ условій съ этой второй точки зрѣнія, которая въ приводимомъ Майеромъ рѣшеніи категорически отвергается[1]), была бы контролемъ надъ административной цѣлесообразностью въ полномъ объемѣ, а не надъ какой-то одной его стороной, не имѣющей безъ другой никакого смысла. Если же административный судъ изслѣдуетъ наличность фактическихъ условій съ первой точки зрѣнія, что несомнѣнно имѣетъ въ виду законъ[2]) и что признаетъ и практика[3]), то это контроль надъ юридическою правильностью распоряженій, какъ бы далеко судъ не заходилъ въ надзорѣ за соблюденіемъ духа закона въ этомъ отношеніи. Развитію въ этомъ направленіи несомнѣнно принадлежитъ будущее, но оно вполнѣ примиримо со «старой» теоріей административной юстиціи[4]).

Съ другой стороны, нельзя отвергать требованіе о судебномъ разрѣшеніи всѣхъ споровъ о публичномъ правѣ на томъ основаніи, что законодатель этого требованія не исполнилъ. Уже то обстоятельство, что разбираемая теорія отвергаетъ принципіальный характеръ этого требованія, показываетъ, что она представляетъ собою регрессъ не только въ теоретическомъ отношеніи. Та идея, что разрѣшеніе споровъ о правѣ публичномъ между гражданиномъ и государствомъ, является такимъ же отправленіемъ правосудія, какъ

---

[1]) Жалоба не можетъ быть основана на томъ, что власть использовала свое усмотрѣніе «относительно слишкомъ широко, несоотвѣтствующимъ обстоятельствамъ образомъ».

[2]) «Dass die thatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden».

[3]) Въ тѣхъ же рѣшеніяхъ «верховный судъ говоритъ о юридическихъ допустимыхъ «rechtlich zulässige», фактическихъ условіяхъ.

[4]) Cp. G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1910, S. 48, Anm. 3. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1911, S. 215.

Digitized by Google

разрѣшеніе споровъ частныхъ лицъ, непосредственно вытекаетъ изъ той основной концепціи правового государства, по которой оно является не безусловно-господствующимъ «начальствомъ» (высшее начальство, издающее «законъ» и низшее, его «исполняющее»)[1]), а субъектомъ правъ, обладающимъ, правда, особыми полномочіями, но ограниченнымъ противостоящими ему правами другихъ субъектовъ, съ которыми у него возможенъ споръ. Изъ этой идеи, въ свою очередь, вытекаютъ, и независимо отъ вопроса объ опредѣленіи компетенціи административнаго суда, высоко-важныя требованія, теряющія, съ точки зрѣнія теоріи административной юстиціи, какъ «администраціи въ судебныхъ формахъ» свое принципіальное значеніе. Мы уже видѣли, что самое существованіе административной юстиціи, слѣдовательно тѣ же самыя «судебныя формы» оказываются вопросомъ «цѣлесообразности». Вопросъ о независимости административнаго суда, какъ органа, творящаго правосудіе между государствомъ и частными лицами, превращается въ вопросъ о «цѣлесообразной» организаціи одного изъ многихъ административныхъ учрежденій. Успѣхъ теоріи Майера-Мюллера свидѣтельствуетъ и о теоретическомъ упадкѣ германской науки административнаго права и о все большемъ проникновеніи въ нее весьма печальныхъ практическихъ тенденцій.

II.

Французское право стоитъ въ интересующемъ насъ отношеніи на несравненно высшей ступени. Никоимъ образомъ нельзя сказать, чтобы во Франціи былъ когда-либо сознательно признанъ принципъ исковой защиты всякаго публичнаго права. Но столѣтнее историческое развитіе чисто эмпирическимъ путемъ создало порядокъ довольно близкій по своимъ практическимъ результатамъ, если не по своей конструкціи, къ тому, что вытекало бы изъ сознательнаго и послѣдовательнаго проведенія этого принципа. Сущность французской системы состоитъ въ сосуществованіи двухъ видовъ административныхъ исковъ, совершенно различныхъ по происхожденію и конструкціи. Уже старый режимъ зналъ извѣстную группу имущественныхъ споровъ казны съ частными лицами, отчасти гражданско-правовыхъ (напр., дѣла о подрядахъ), но отчасти и публично-правовыхъ (споры по обложенію), признававшихся спорами о правѣ и разсматривавшихся административными установленіями (conseil des finances, cours des aides, интендантами)

[1]) Крайне характерно, что Майеръ снова воскресилъ это понятіе «начальства».

Digitized by Google

въ порядкѣ, болѣе или менѣе приближенномъ къ судебному. Ко времени революціи судебный характеръ этихъ дѣлъ сознавался настолько, что въ умахъ дѣятелей той эпохи вопросъ о подвѣдомственности ихъ совершенно отдѣлялся отъ общаго вопроса объ отношеніяхъ между судомъ и администраціей. Національное Собраніе, издававшее грозные декреты противъ всякаго вмѣшательства судовъ въ дѣла общей администраціи, разсматривало эти фискальныя дѣла, какъ спеціальный видъ дѣлъ судебныхъ, наравнѣ съ дѣлами торговыми и дѣлами о полицейскихъ нарушеніяхъ. Оно обсуждало вопросъ о нихъ въ связи съ реорганизаціей судебнаго вѣдомства, поставивъ своей судебной комиссіи вопросъ о томъ, «надлежитъ ли передать всѣ дѣла однимъ и тѣмъ же судьямъ или раздѣлить юрисдикцію по дѣламъ торговымъ, административнымъ, налоговымъ и полицейскимъ (т.-е. полицейско-уголовнымъ)». Комиссія предложила учрежденіе особыхъ административныхъ судовъ (tribunal d'administration et d'impôts). Во время обсужденія проекта комиссіи дѣлались предложенія о передачѣ этихъ дѣлъ общимъ судамъ во избѣжаніе сложности судебной системы и для предупрежденія безконечныхъ пререканій о подсудности, составлявшихъ язву стараго режима. И лишь въ концѣ концовъ, и опять-таки по соображеніямъ чисто практическимъ, является на сцену и принимается предложеніе Пезона о передачѣ этихъ споровъ выборнымъ директоріямъ округовъ и департаментовъ[1]) (законъ 6—7 сентября 1790 г.), мѣсто которыхъ впослѣдствіи заняли совѣты префектуръ и государственный совѣтъ. Эти-то фискальныя дѣла явились историческою основой понятія административныхъ споровъ о правѣ (contestations en matière administrative), спорныхъ административныхъ дѣлъ (affaires contentieuses administratives), къ которымъ примѣняется такъ назыв. полное судебное разбирательство (contentieux de pleine juridiction) и соотвѣтствующій ему обыкновенный административно-судебный искъ (recours contentieux ordinaire). Область этихъ дѣлъ была расширена законодательствомъ XIX вѣка, прибавившимъ сюда и нѣкоторые споры о правахъ неимущественныхъ (главнымъ образомъ о правѣ избирательномъ). Съ другой стороны компетенція административныхъ судовъ въ области гражданско-правовыхъ дѣлъ казны сузилась въ пользу общихъ судовъ. Практика и доктрина признали, что споры по поводу всѣхъ такъ назыв. actes de gestion (гражданско-правовыхъ актовъ) администраціи подлежатъ, поскольку закономъ не установлено исключеніе, вѣдѣнію судовъ гражданскихъ. Но и въ на-

[1]) См. Artur, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, «Revue du droit public», 1902, p. 234—261.

Digitized by Google

стоящее время разсмотрѣнію административныхъ судовъ въ порядкѣ cont. de pl. jur. подлежитъ цѣлый рядъ гражданскихъ дѣлъ казны и лишь немногія дѣла, заслуживающія наименованія споровъ о правѣ публичномъ[1]).

Этотъ обыкновенный административный искъ, поскольку онъ вообще допускается, вполнѣ совпадаетъ по своему объему съ гражданскимъ судебнымъ искомъ. Это есть требованіе гражданина о возстановленіи его права, нарушеннаго администраціей, безразлично отъ того, были ли причиной правонарушенія неправильная оцѣнка обстоятельствъ дѣла со стороны администраціи, или неправильное примѣненіе ею закона. Съ своей стороны, административный судъ въ порядкѣ cont. de pl. jur. самостоятельно разрѣшаетъ вопросы факта и права и, если искъ является обоснованнымъ, возстановляетъ нарушенное право гражданина всѣми возможными способами. «Онъ является, говоритъ Лаферьеръ, судьей факта и права, онъ разрѣшаетъ дѣло между администраціей и ея противниками, какъ обыкновенные суды между двумя тяжущимися; онъ измѣняетъ распоряженія администраціи не только, если они незаконны, но и если они ошибочны, онъ замѣняетъ ихъ новыми распоряженіями; онъ констатируетъ наличность имущественныхъ обязательствъ и постановляетъ рѣшенія объ уплатѣ денежныхъ суммъ».

Изъ дѣлъ, подлежащихъ разсмотрѣнію въ порядкѣ cont. de pl. jur. нѣкоторыя переданы особыми законами спеціальнымъ административнымъ судамъ (совѣты префектуръ, conseils de revision, счетная палата), подъ апелляціоннымъ или кассаціоннымъ надзоромъ государственнаго совѣта. Остальныя долгое время считались подлежащими министру даннаго вѣдомства въ качествѣ общаго судьи по административнымъ дѣламъ (juge administratif ordinaire et de droit commun) подъ контролемъ государственнаго совѣта, въ качествѣ апелляціоннаго суда. Вслѣдствіе этого при правонарушеніи, совершенномъ низшимъ органомъ, если дѣло не подлежало сужденію какой-либо спеціальной юрисдикціи, требовалось предварительное обращеніе къ министру и его рѣшеніе. Иначе говоря, требовалось соблюденіе инстанціонной системы, и сохранилась еще нѣкоторая связь административнаго иска съ административнымъ обжалованіемъ. Нерѣдкіе отказы въ правосудіи, проистекавшіе изъ того, что министръ вообще не считалъ нужнымъ отвѣчать на прошеніе, вызвали ст. 7 закона 2 ноября 1864 года, въ силу которой жалоба по истеченіи 4 мѣсяцевъ со времени подачи министру признается отвергнутой и сторона можетъ обратиться

---

[1]) См. Laferrière. Traité de la juridiction administrative, I, p. 16.

Digitized by Google

въ государственный совѣтъ. Но практика пошла еще дальше. Отвергнувъ вообще такъ назыв. теорію министра-судьи, государственный совѣтъ призналъ самого себя общимъ административнымъ судьей первой и послѣдней инстанціи. Необходимость предварительнаго обращенія въ министру вообще отпала, и исчезла всякая связь между іерархическимъ обжалованіемъ и административнымъ искомъ [1]).

По отношенію къ собственно принудительнымъ распоряженіямъ администраціи (actes de commandement et de puissance publique) французское право выработало другой видъ административно-судебнаго разбирательства — такъ назыв. «судопроизводство объ отмѣнѣ» (contentieux de l'annulation) и соотвѣтствующій ему второй видъ административнаго иска, чрезвычайную жалобу (recours extraordinaire) или жалобу на превышеніе власти (recours pour excès de pouvoir), — одно изъ самыхъ странныхъ юридическихъ образованій европейскаго административнаго права. Это собственно не есть искъ о возстановленіи нарушеннаго права, это просьба объ отмѣнѣ незаконнаго административнаго распоряженія. Государственный совѣтъ не можетъ измѣнить обжалованнаго распоряженія; онъ отмѣняетъ его въ цѣломъ. При этомъ — и это выдающаяся особенность французскаго права — обжалованію въ этомъ порядкѣ подлежатъ не только индивидуальныя распоряженія, но и обязательныя постановленія администраціи, и такимъ образомъ приговоръ государственнаго совѣта можетъ имѣть юридическое значеніе для неопредѣленнаго числа лицъ, не принимавшихъ никакого участія въ процессѣ. Чрезвычайная жалоба можетъ быть подана на всякое административное распоряженіе (относительно такъ назыв. политическихъ актовъ см. ниже), противъ котораго не можетъ быть вчиненъ искъ въ другомъ порядкѣ (такъ назыв. règle du recours parallèle) безъ различія предмета и органа, — и распоряженія главы государства — даже постановленныя имъ по докладу государственнаго совѣта въ административномъ порядкѣ — подлежатъ обжалованію въ государственный совѣтъ въ порядкѣ rec. p. e. d. p. Жалоба эта подается только въ государственный совѣтъ и притомъ — абсолютно непосредственно, безъ всякаго отношенія къ инстанціонному порядку (omisso medio). Основаніями обжалованія являются: 1) incompétence, т.-е. вторженіе даннаго органа въ сферу полномочія другого органа; во-2) vice de forme, т.-е. несоблюденіе установленныхъ формъ и обрядовъ; въ-3) violation de la loi, т.-е. нарушеніе матеріальныхъ правъ —

[1]) Ibid., I, p. 322—327, 452—462. Artur, o. c. «Revue du droit public», 1900, II, p. 444—446.

Digitized by Google

droits acquis; въ-4) détournement du pouvoir, т.-е. использованіе предоставленныхъ закономъ полномочій не въ духѣ его; съ помощью этого послѣдняго основанія государственный совѣтъ провѣряетъ то или иное использованіе предоставленнаго закономъ усмотрѣнія, и открывается возможность (обстоятельство, до-нельзя смущающее теоретиковъ) обжалованія по правовымъ основаніямъ дискреціонныхъ административныхъ актовъ. Только при обжалованіи по 3-му основанію требуется отъ жалобщика указаніе на нарушеніе его субъективнаго права; въ остальныхъ случаяхъ достаточно наличности у него простого интереса, при чемъ практика государственнаго совѣта новидимому направляется въ сторону все большаго расширенія понятія этого интереса[1]).

Если такимъ образомъ contentieux de l'annulation нѣкоторыми своими свойствами какъ будто выходитъ вообще изъ сферы административнаго суда и вторгается въ сферу чистой администраціи, то въ другихъ отношеніяхъ права государственнаго совѣта въ этомъ порядкѣ значительно ограничены сравнительно съ правами административныхъ судовъ въ порядкѣ c. d. p. j. До недавняго времени признавалось, что онъ не можетъ входить въ разсмотрѣніе фактической стороны дѣла, въ разсмотрѣніе вопроса о дѣйствительномъ существованіи тѣхъ обстоятельствъ, при наличности которыхъ администраціи предоставлено право сдѣлать данное распоряженіе, и разрѣшаетъ исключительно вопросы юридическіе. Въ настоящее время это ограниченіе, повидимому, отпало[2]). Но, далѣе, если жалоба признается уважительной, то государственный совѣтъ не можетъ ни измѣнить незаконнаго распоряженія, ни замѣнить его другимъ, ни предписать администраціи принять мѣры къ возстановленію нарушеннаго права, если незаконное распоряженіе уже было приведено въ исполненіе; онъ ограничивается его отмѣной, предоставляя активной администраціи принять мѣры, изъ этой

[1]) Baudouin, La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir, Thèse, 1904.

[2]) См. Laferrière, I, p. 17; II, p. 534—535. Комиссаръ правительства Ромье въ своемъ заключеніи въ засѣданіи государственнаго совѣта 23 и 30 ноября 1906 года совершенно отрицалъ теорію ограниченія государственнаго совѣта при cont. de l'annulation вопросами примѣненія закона и приводилъ цѣлый рядъ случаевъ изъ практики (относительно обжалованія по violation de la loi), въ которыхъ государственный совѣтъ входилъ въ разсмотрѣніе фактическихъ обстоятельствъ («Revue du droit public», 1908, notes de jurisprudence, p. 684—686). При обжалованіи по détournement du pouvoir, незаконная цѣль распоряженія можетъ быть установлена путемъ любыхъ доказательствъ, — дѣло доходило иногда до представленія частныхъ писемъ даннаго чиновника. (Такъ, по знаменитому дѣлу Maugras-Lesage такимъ путемъ было установлено, что причиной увольненія мэромъ двухъ полицейскихъ было составленіе ими протокола противъ содержательницы трактира, свояченицы прислуги мэра. Artur, o. c. «Revue du droit public», 1903, II, p. 459).

Digitized by Google

отмѣны вытекающія. Въ общемъ и цѣломъ, r. p. e. d. p., какъ средство исковой защиты публичныхъ правъ, стоитъ несравненно выше «генеральныхъ жалобъ» австрійскаго и даже саксонскаго и вюртембергскаго права. Въ томъ, что послѣдствіемъ признанія жалобы уважительною является отмѣна распоряженія въ цѣломъ, есть аналогія съ австрійскимъ правомъ. Но широкая доступность обжалованія, непосредственность его, допущеніе обжалованія распоряженій верховнаго управленія и, наконецъ, замѣчательная теорія détournement du pouvoir — все это создаетъ такую полноту и силу административнаго иска, до которой далеко какимъ бы то ни было «оригинальнымъ» нѣмецкимъ административно-судебнымъ изобрѣтеніямъ.

Споръ о правѣ, въ которомъ истецъ ссылается не на субъективное право, а на простой интересъ; споръ о правѣ, въ которомъ нѣтъ отвѣтчика; искъ, приводящій къ непосредственной отмѣнѣ административнаго распоряженія; споръ о правѣ, въ которомъ разсматриваются вопросы административнаго усмотрѣнія; судебный приговоръ, имѣющій силу erga omnes, — неудивительно, что вопросъ о юридическомъ характерѣ этого своеобразнаго созданія французскаго права и вопросъ о желательныхъ въ немъ реформахъ являются почвой самой ожесточенной полемики, самыхъ странныхъ недоразумѣній. Положеніе французскихъ юристовъ осложняется тѣмъ, что они не могутъ искать для своихъ теорій никакой опоры въ законодательствѣ. Уже Лаферьеръ доказалъ, что прежнее воззрѣніе будто бы r. p. e. d. p. исторически основанъ на законѣ 7—14 октября 1790 года, предоставляющемъ разрѣшеніе споровъ о компетенціи административныхъ органовъ королю въ совѣтѣ министровъ, является совершенно неосновательнымъ, такъ какъ этотъ законъ имѣетъ въ виду вовсе не жалобы частныхъ лицъ, а пререканія различныхъ органовъ между собою, и ссылки на него въ рѣшеніяхъ государственнаго совѣта появляются только послѣ 1830 года со времени введеній устныхъ преній и допущенія повѣренныхъ въ административно-судебныхъ дѣлахъ, — какъ способъ оправданія созданнаго практикой способа обжалованія. Каково же дѣйствительное происхожденіе r. p. e. d. p., — вопросъ донынѣ весьма спорный.

Не подлежитъ сомнѣнію лишь то, что возможность его развитія была дана существовавшимъ до 1872 года (за исключеніемъ небольшого промежутка 1848—1852 гг.) смѣшеніемъ функцій въ рукахъ главы государства. Верховнымъ судьей по всѣмъ административно-судебнымъ дѣламъ формально являлся не государственный совѣтъ, а самъ императоръ или король, постановлявшій резолюцію по

Digitized by Google

докладу государственнаго совѣта. Но тотъ же глава государства, въ качествѣ начальника всей администраціи, могъ отмѣнять любыя административныя распоряженія и по любымъ основаніямъ. Этимъ-то воспользовался государственный совѣтъ, обсуждая извѣстныя жалобы на административныя распоряженія въ порядкѣ, установленномъ для собственно спорныхъ дѣлъ, и затѣмъ поднося главѣ государства докладъ объ отмѣнѣ даннаго распоряженія. Но такимъ образомъ г. р. е. d. р. сталъ въ формальномъ отношеніи видомъ административнаго иска на ряду съ искомъ обыкновеннымъ: и тамъ и здѣсь дѣло окончательно рѣшалось главой государства; съ другой стороны, и тамъ и здѣсь оно обсуждалось въ государственномъ совѣтѣ, въ одномъ и томъ же порядкѣ, отличномъ отъ порядка, существовавшаго для дѣлъ чисто-административныхъ[1]). Судебныя формы, установленныя въ 1830 году для административно-судебныхъ дѣлъ, практика опять-таки примѣнила къ г. р. е. d. р. Ко времени же отмѣны въ 1872 году системы такъ назыв. justice retenue и превращенія государственнаго совѣта въ самостоятельный судъ по административно-судебнымъ дѣламъ, contentieux de l'annulation уже настолько выработалось въ стройную систему, настолько вошло въ плоть и кровь и стало неотъемлемою частью системы французской административной юстиціи, что необходимость его сохраненія въ этой системѣ стояла внѣ сомнѣній и законъ 9 мая 1872 года прямо указалъ его въ числѣ функцій государственнаго совѣта, какъ отнынѣ самостоятельнаго административнаго суда. Такова внѣшняя исторія гес. р. е. d. р. Внутренняя же сторона ея вызываетъ до сихъ поръ рядъ сомнѣній. По господствовавшему до недавняго времени мнѣнію, изложенному лучше всего у Лаферьера[2]), изслѣдованіе котораго признается классическимъ, excès de pouvoir въ первоначальномъ и собственномъ смыслѣ есть нарушеніе объективныхъ нормъ о компетенціи и формахъ. Такой характеръ гес. р. е. d. р. носилъ вплоть до 1864 года. Для обоснованія своихъ полномочій въ отношеніи этихъ жалобъ государственный совѣтъ (послѣ 1830 г.) воспользовался закономъ 7—14 октября 1790 года. Рядомъ съ этимъ выработалась совершенно другая жалоба, ничего общаго съ гес. р. е. d. р. не имѣющая: жалоба на нарушеніе матеріальныхъ субъективныхъ правъ гражданъ административными распоряженіями. Послѣ закона 2 ноября 1864 года, установившаго для гес. р. е. d. р. упрощенный порядокъ производства, сравнительно съ общимъ порядкомъ административно-судебнаго производства въ государственномъ совѣтѣ, послѣдній искусственно слилъ объ жалобы, рас-

[1]) Ср. Artur, o. c. «Revue du droit public», 1903, p. 417—421.
[2]) II, p. 406—413.

Digitized by Google

ширивъ такимъ образомъ понятіе excès de pouvoir и превративъ rec. p. e. d. p. въ нѣчто въ родѣ кассаціонной жалобы на административныя распоряженія. Наконецъ, «преторская» практика государственнаго совѣта дошла до установленія превышенія власти даже въ актахъ дискреціоннаго усмотрѣнія, ничьихъ правъ не нарушающихъ, если только цѣль ихъ не соотвѣтствуетъ цѣли закона. Такимъ образомъ, rec. p. e. d. p. оказывается результатомъ сліянія двухъ жалобъ, изъ которыхъ только одна носитъ нѣкоторый характеръ субъективнаго иска, а другая — и важнѣйшая — является по существу жалобой административной. И отрицаніе за rec. p. e. d. p. искового характера и теорія «объективной юрисдикціи» покоятся на этомъ историческомъ воззрѣніи.

На вопросъ о юридической сущности rec. p. e. d. p. мы встрѣчаемъ въ литературѣ послѣднихъ годовъ XIX и начала XX вв. троякій отвѣтъ: rec. p. e. d. p. есть административная жалоба, по недоразумѣнію попавшая въ число функцій административнаго суда и подлежитъ возвращенію на свое естественное мѣсто; rec. p. e. d. p. есть одинъ изъ видовъ новаго «объективнаго» иска и потому подлежитъ сохраненію; r. p. e. d. p. есть настоящій искъ о субъективномъ правѣ и подлежитъ дальнѣйшему развитію въ направленіи болѣе опредѣленнаго выраженія его исковой природы.

Прямолинейный сторонникъ бельгійской системы Р. Жакеленъ, въ своей извѣстной книгѣ, окончательно разрушившей старую французскую теорію раздѣленія властей, и представляющей собою настоящій обвинительный актъ противъ всей французской системы административной юстиціи, подвергаетъ рѣзкой критикѣ и rec. p. e. d. p., который, по его мнѣнію, не только былъ, но и остался по существу чисто-іерархической жалобой[1]). Всякій искъ долженъ быть основанъ на нарушеніи субъективнаго права. Можно было бы еще понять incompétence и vice de forme какъ основанія иска, если признать, что граждане имѣютъ субъективное право на соблюденіе властями подлежащихъ нормъ. Но не такова точка зрѣнія положительнаго права. Вѣдь, государственный совѣтъ почерпнулъ свои полномочія изъ закона 7—14 октября 1790 года, предоставившаго разрѣшеніе вопросовъ компетенціи королю, «какъ главѣ администраціи». И никакъ невозможно обосновать контроль административнаго суда, какъ такового, надъ актами дискреціонными, по самому понятію своему не могущими нарушить ничьихъ правъ. Жалоба же на нарушеніе субъективныхъ правъ есть случайный элементъ, ничего общаго съ rec. p. e. d. p. не имѣющій. И, наконецъ,

[1]) Jaquelin, Les principes dominants du contentieux administratif, 1899, p. 227—259.

Digitized by Google

какимъ образомъ какой бы то ни было искъ можетъ приводить къ непосредственной отмѣнѣ административнаго распоряженія, имѣющей силу erga omnes? Возможно, что rec. p. e. d. p. представляетъ нѣкоторыя практическія выгоды. Но эти выгоды куплены слишкомъ дорогой цѣной. Нельзя забывать, что это плодъ системы justice retenue, что эти выгоды крайнія выраженія того смѣшенія административныхъ и судебныхъ функцій, которое является основнымъ недостаткомъ всей системы французской административной юстиціи. Единственная теоретически-правильная система, вполнѣ охраняющая публичныя права гражданъ, не нарушая независимости администраціи — бельгійская — ничего подобнаго не знаетъ. Всѣ споры о субъективномъ правѣ должны подлежать общимъ судамъ; и среди нихъ этому гибридному образованію не должно быть мѣста[1]).

Теорія объективной юрисдикціи, принадлежащая оригинальному уму Дюги (хотя нѣкоторые элементы ея взяты имъ изъ германской литературы) и развитая далѣе Жезомъ, указываетъ на то, что rec. p. e. d. p. не есть единичное явленіе. Такой же характеръ носитъ вся уголовная юстиція, нѣкоторыя дѣла гражданскія (какъ-то о разводѣ), наконецъ, изъ области такъ назыв. cont. de pl. jur. дѣла объ отмѣнѣ выборовъ[2]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣло идетъ не объ осуществленіи субъективнаго права, а о возстановленіи дѣйствія объективнаго закона. Rec. p. e. d. p. уже потому не можетъ быть средствомъ защиты субъективныхъ правъ, что онъ вообще ни въ какомъ случаѣ не приводитъ къ осуществленію какого-либо частнаго интереса, а единственно и исключительно къ отмѣнѣ незаконнаго акта. Здѣсь нѣтъ спора между сторонами, поэтому здѣсь нѣтъ и отвѣтчика. Частное лицо, какъ будто играющее роль истца, на самомъ дѣлѣ выполняетъ функцію прокурорскаго надзора (ministère public), возбуждающаго дѣло о возстановленіи дѣйствія нарушенной объективной нормы, какъ таковой. Такимъ образомъ,

---

[1]) Сочиненіе Жакелена проникнуто высокой правовой идеей. Но его преклоненіе передъ бельгійской системой основано на недостаточномъ знакомствѣ съ тѣмъ, что скрывается подъ прикрывающими ее громкими фразами. Мы увидимъ, чего стоитъ эта система съ точки зрѣнія исковой охраны правъ гражданъ и въ теоретическомъ и въ практическомъ отношеніи и какъ отзываются о ней прогрессивно-настроенные бельгійскіе авторы. Мнѣнія объ іерархическомъ характерѣ rec. p. e. d. p. придерживается и Бертелеми (Traité elementaire de droit administratif, p. 885). Но возврѣній этого автора можно не принимать въ расчетъ, такъ какъ онъ еще придерживается старой, въ настоящее время всѣми оставленной теоріи раздѣленія властей, разсматривающей вообще разрѣшеніе спорныхъ административныхъ дѣлъ, какъ функцію и объективно административную.

[2]) Duguit, L'état, le droit objectif et la loi positive, p. 420. L'état, Les gouvernants et les agents, p. 132. Jèze, Les principes généraux du droit administratif, «Revue générale d'administration», 1903, III, p. 133.

Digitized by Google

то обстоятельство, что rec. p. e. d. p. приводитъ только къ отмѣнѣ незаконнаго распоряженія, и при томъ съ абсолютной силой, и ни къ чему больше, вытекаетъ изъ самой его природы, изъ самой сущности объективной юрисдикціи[1]). Теоретически это, конечно, не судебная, «юрисдикціонная», а административная функція, такъ какъ юрисдикціонная функція въ матеріальномъ смыслѣ состоитъ въ констатированіи субъективнаго правоотношенія, уже существующаго и въ принятіи мѣръ къ осуществленію его послѣдствій, а здѣсь налицо актъ, изъ котораго вытекаютъ совершенно новыя субъективныя послѣдствія, т.-е. актъ административный. Въ частности, относительно rec. p. e. d. p. не можетъ быть никакихъ сомнѣній, что это іерархическая жалоба, разсматриваемая въ судебныхъ формахъ («recours hiérarchique juridictionnalisé»). Это неопровержимо доказывается всей его исторіей. Но и въ другихъ областяхъ мы наблюдаемъ ту же эволюцію: такова же исторія уголовной юстиціи, обжалованіе выборовъ и т. д.[2]). Эта объективная юрисдикція вообще есть созданіе новѣйшаго времени; ея развитіе и даже вытѣсненіе ею юрисдикціи субъективной стоитъ въ связи съ развивающимся коллективизмомъ современнаго общества[3]).

«Эволюціонная» точка зрѣнія, защищающая вмѣстѣ съ тѣмъ всѣ особенности существующаго положенія вещей, какъ вытекающія изъ нѣкотораго абстрактнаго понятія, представляется уже, какъ таковая, весьма подозрительной. Но, далѣе, весьма сомнительно, правильно ли эта теорія улавливаетъ направленіе той эволюціи, о которой она говоритъ. Неужели можно утверждать, что при замѣнѣ инквизиціоннаго процесса состязательнымъ измѣнилась только форма, а не самая сущность уголовной юстиціи, что эта дѣятельность государства, бывшая въ свое время дѣйствительно «объективной», безличной административной операціей, не стала въ настоящее время, въ значительной мѣрѣ если и не вполнѣ, настоящимъ споромъ о правѣ между сторонами, государствомъ и обвиняемымъ? Не подлежитъ также сомнѣнію, что вся административная юстиція, вездѣ и повсюду, выработалась изъ административнаго обжалованія. Но, вѣдь, въ томъ-то и вопросъ, не происходитъ ли

---

[1]) Duguit, Gouv. et ag., p. 532—541. Jèze, o. c. «Revue d'administr.», 1903, III, p. 274—280. Duguit, Droit obj., p. 578—581.

[2]) Duguit, Droit obj., p. 416, 420. Jèze, o. c., «Revue d'adm.», 1903, III, p. 132—133. Такова эта теорія «въ первомъ изданіи». Впослѣдствіи («Конституціонное право», русск. пер., стран. 322—330, 338—355) Дюги признаетъ «объективную юрисдикцію» функціей и въ матеріальномъ смыслѣ юрисдикціонной.

[3]) Близкое воззрѣніе у Hauriou, Précis de droit administratif, pp. 229, 287, 290. См. также Tournyol du Clos, Essai sur le recours pour excès de pouvoir, Thèse, Bordeaux, 1905.

Digitized by Google

здѣсь вмѣстѣ съ измѣненіемъ формальнымъ и благодаря ему перемѣна и по существу, въ направленіи къ судебному иску, и не объясняются ли внутренне-противорѣчивыя свойства административно-судебныхъ генеральныхъ жалобъ и прежде всего французскаго rec. p. e. d. p. именно тѣмъ, что онѣ находятся на промежуточной стадіи этой эволюціи?

Съ этой точки зрѣнія нельзя не признать, что такъ назыв. «субъективное направленіе» значительно глубже проникло въ сущность вопроса. Уже въ 1899 году Бартелеми[1]) выставилъ теорію о томъ, что rec. p. e. d. p. есть не что иное, какъ искъ о возстановленіи субъективныхъ публичныхъ правъ. По его мнѣнію самое существованіе иска, защищающаго извѣстный интересъ, eo ipso доказываетъ наличность субъективнаго права, — охраненный искомъ интересъ и есть право. Разъ существуетъ обжалованіе въ административно-судебномъ порядкѣ, на основаніи incompétence и vice de forme, то изъ этого непосредственно слѣдуетъ, что за гражданами признается право на соблюденіе установленныхъ правилъ о компетенціи и установленныхъ формъ и обрядовъ въ административныхъ распоряженіяхъ, касающихся ихъ интересовъ. Возражая противъ этой теоріи, Дюги находитъ, что она покоится на circulus vitiosus: для того, чтобы доказать, что охраняемый rec. p. e. d. p. интересъ есть субъективное право, на томъ основаніи, что охраненный искомъ интересъ есть право, нужно раньше доказать, что rec. p. e. d. p. есть дѣйствительно искъ, охраняющій данный интересъ, какъ таковой. Между тѣмъ этого какъ разъ нѣтъ, такъ какъ rec. p. e. d. p. вовсе не приводитъ къ возстановленію нарушеннаго интереса, а только къ отмѣнѣ административнаго акта[2]). Но этотъ недостатокъ теоріи Бартелеми былъ косвенно восполненъ вызвавшей большой шумъ работой Л. Мари[3]). Цѣнность этой работы состоитъ въ томъ, что Мари дѣйствительно сталъ на ту эволюціонную точку зрѣнія, о которой Дюги только говоритъ. По мнѣнію Мари, всѣ особенности rec. p. e. d. p. въ сравненіи съ rec. ordinaire объясняются тѣмъ, что это образованіе позднѣйшее: это тоже искъ, но искъ недоразвитый. Rec. p. e. d. p. несомнѣнно былъ въ свое время іерархической жалобой. Вся эволюція его состоитъ въ приданіи ему искового характера: онъ сталъ обжалованіемъ по правовымъ основаніямъ, передъ административнымъ судомъ, въ судебномъ порядкѣ. Дѣло въ томъ, что rec. ordinaire не покрывалъ всей области администра-

[1]) Barthélemy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés, Thèse, Toulouse, 1899.
[2]) Droit obj., p. 578—581.
[3]) Marie, L'avenir du recours pour excès de pouvoir («Revue du droit public», 1901, t. II).

Digitized by Google

тивныхъ правонарушеній, не являлся адэкватнымъ средствомъ защиты правъ гражданъ противъ незаконом'рныхъ д'йствій администраціи; развитіе rec. p. e. d. p. заполнило этотъ пробѣлъ. Но отъ первоначальнаго происхожденія этого иска и его отдѣльнаго развитія до настоящаго времени сохранились свойства, противорѣчащія его исковому характеру и именно потому отличающія его отъ обыкновеннаго иска и дѣлающія его недостаточнымъ во многихъ случаяхъ средствомъ для защиты правъ гражданъ[1]). Особенныя свойства rec. p. e. d. p. парализуютъ осуществленіе той самой идеи исковой защиты правъ, которая вызвала все его развитіе. Необходимо, — и эта цѣль поставлена самой исторіей, — стремиться къ полному сліянію rec. p. e. d. p. съ обыкновеннымъ искомъ, къ полному объединенію административной юстиціи. При этомъ придется пожертвовать силой приговора erga omnes, но вовсе не теоріей détournement du pouvoir. Это послѣднее понятіе является вполнѣ логичнымъ и правильнымъ выводомъ изъ понятія правонарушенія. Законъ предоставляетъ административнымъ органамъ дѣлать извѣстныя распоряженія, но подъ непремѣннымъ условіемъ свободы ихъ воли отъ посторонннихъ мотивовъ. Если администраторъ руководствовался не общественнымъ интересомъ, а частными мотивами, то эта его свобода воли является нарушенной («volonté viciée»), и распоряженіе является eo ipso незаконнымъ.

При всемъ томъ, Мари не коснулся основного явленія rec. p. e. d. p., вызывающаго сомнѣніе въ его природѣ (и на которомъ остановился Бартелеми), — того, что отъ жалобщика не требуется наличности субъективнаго права и достаточно простого интереса. На этомъ-то остановился Артюръ[2]), прямо отрицающій это обстоятельство. На основаніи цѣлой массы старыхъ и новыхъ рѣшеній, онъ доказываетъ, что rec. p. e. d. p. всегда защищаетъ субъективное право. Въ самомъ дѣлѣ, изъ приводимыхъ имъ случаевъ получается совершенно опредѣленная картина. При обжалованіи по incompétence и vice de forme, истецъ жалуется на нарушеніе его субъективнаго права (права собственности, права личной свободы, права безпрепятственнаго отправленія торговли и промысловъ, и т. д.). Другимъ органомъ или въ другой формѣ могло бы быть законно издано стѣсняющее его распоряженіе, — оно значитъ и не нарушило бы его права, но даннымъ органомъ или въ данной формѣ такого распоряженія не могло быть издано, а слѣдовательно оно нарушило не какое-то особое право на соблюденіе компетенціи или

---

[1]) Ibid., p. 294, 485—495.
[2]) Artur, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, «Revue du droit public», 1903, II, p. 415—502.

Digitized by Google

формы, а опредѣленное матеріальное право гражданина. Такимъ образомъ нѣтъ никакой принципіальной разницы между обжалованіемъ по первымъ двумъ пунктамъ и обжалованіемъ по третьему (droits acquis)[1]). Относительно же détournement du pouvoir Артюръ находитъ, что самое выдѣленіе его, какъ особаго понятія, рядомъ съ violation de la loi основано на простомъ недоразумѣніи. Ошибка думать, что если администрація можетъ издавать извѣстныя распоряженія съ извѣстной цѣлью, то распоряженіе съ тѣмъ же содержаніемъ, но съ другой цѣлью, будетъ тоже законнымъ или чѣмъ-то среднимъ, оно просто незаконно — такого распоряженія администрація совсѣмъ не могла издавать, а слѣдовательно, оно является не нарушеніемъ метафизической цѣли закона, а нарушеніемъ самаго закона, нарушеніемъ принадлежащихъ гражданамъ матеріальныхъ правъ, осуществленіе которыхъ администрація можетъ стѣснять лишь въ опредѣленныхъ случаяхъ и съ опредѣленной цѣлью. Такимъ образомъ то, что называется détournement du pouvoir, есть не что иное, какъ видъ violation de la loi, или вѣрнѣе, нѣкоторые случаи это послѣдней категоріи, разсматриваемые съ особой точки зрѣнія, именно съ той, что возможенъ былъ бы при другихъ условіяхъ вполнѣ законный актъ, внѣшнимъ образомъ подобный тому незаконному акту, о которомъ идетъ рѣчь[2]). Мало того, Артюръ отрицаетъ и не возбуждавшее до него сомнѣній воззрѣніе на историческое развитіе гес. р. е. d. р. Несомнѣнно, что гес. р. е. d. р. не могъ бы создаться, если бы не существовало смѣшенія административныхъ и административно-судебныхъ функцій въ рукахъ главы государства. Но онъ не могъ бы создаться и если бы не существовало различнаго порядка разсмотрѣнія въ государственномъ совѣтѣ для чисто-административныхъ и судебно-административныхъ дѣлъ. Бла-

---

[1]) Ibid., p. 431—445.

[2]) Ibid., p. 455—462. Hauriou, Les éléments du contentieux, p. 36, и Дюги, Конституціонное право, русск. перев., стран. 326, возражаютъ противъ теоріи Артюра указаніемъ, что нельзя доказать индуктивнымъ путемъ, что гес. р. е. d. р. защищаетъ субъективное право, а не простой интересъ. Изъ приведенія многихъ рѣшеній можно лишь сдѣлать тотъ выводъ, что нарушенный интересъ жалобщика въ приведенныхъ случаяхъ составляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ его субъективное право; но пока возможенъ хоть одинъ случай, въ которомъ такого совпаденія не будетъ налицо, тезисъ Артюра не является доказаннымъ. Это, конечно, правильно. Намъ кажется, однако, что Артюръ самъ себѣ не уяснилъ той основной мысли, изъ которой онъ исходитъ на самомъ дѣлѣ. Это основное положеніе выводится вовсе не индуктивнымъ путемъ, — и только иллюстраціей его можетъ служить приводимая Артюромъ практика. Оно состоитъ въ томъ, что свобода гражданъ отъ принудительнаго вмѣшательства власти, внѣ случаевъ, указанныхъ закономъ, носитъ сама по себѣ субъективно-правовой характеръ, а потому является всегда субъективнымъ правомъ. (Въ установленіи этого положенія состоитъ, какъ извѣстно, одна изъ величайшихъ заслугъ Еллинека.)

Digitized by Google

годаря этому жалобы на нарушеніе права могли отдѣлиться отъ остальныхъ и приблизиться къ существовавшему уже обыкновенному административному иску. Когда данное правонарушеніе не могло быть устранено путемъ этого обыкновеннаго иска, тогда государственный совѣтъ, разсмотрѣвъ дѣло въ административно-судебномъ порядкѣ, затѣмъ прибѣгалъ къ общему праву главы государства, отмѣнять распоряженія административныхъ органовъ. Rec. p. e. d. p. съ самаго начала былъ единой жалобой на нарушеніе правъ. Совершенно невѣрно, будто бы понятіе excès de pouvoir было въ позднѣйшее время искусственно распространено на случаи нарушенія матеріальнаго закона. Въ рѣшеніяхъ государственнаго совѣта временъ консульства, имперіи и реставраціи уже встрѣчаются всѣ четыре извѣстные въ настоящее время виды нарушенія, и во всѣхъ четырехъ случаяхъ государственный совѣтъ иногда употребляетъ, иногда не употребляетъ формулу excès de pouvoir. Не сліяніе, а наоборотъ раздвоеніе rec. p. e. d. p. было искусственно создано позднѣйшей практикой. Послѣ введенія судебныхъ реформъ въ 1830 году государственный совѣтъ въ поискахъ законной ссылки для оправданія своихъ дѣйствій, «притянулъ за волосы» для incompétence и vice de forme, не имѣющій сюда никакого отношенія законъ 7—14 октября 1790 года, а въ случаяхъ нарушенія матеріальнаго закона продолжалъ преспокойно ссылаться на данный нарушенный законъ. Это-то раздвоеніе сбило съ толку и теорію и законодателя, который при упрощеніи формъ для rec. p. e. d. p. въ законѣ 2 ноября 1864 года, говоритъ о жалобахъ, основанныхъ на законѣ 7—14 октября 1790 года. Для обхода этого закона, государственый совѣтъ снова прибѣгъ къ тому же невинному подлогу и сталъ ссылаться въ своихъ рѣшеніяхъ по жалобамъ на violation de la loi тоже на законъ 7—14 октября, не имѣвшій на самомъ дѣлѣ отношенія ни къ той, ни къ другой категоріи жалобъ. По существу же такимъ путемъ было совершенно правильно возстановлено первоначальное и вытекающее изъ самаго существа дѣла единство rec. p. e. d. p.[1]).

Намъ представляется необходимымъ, именно съ эволюціонной точки зрѣнія, различеніе тѣхъ особенныхъ свойствъ rec. p. e. d. p., которыми право обжалованія и компетенція административнаго суда расширяется за предѣлы традиціоннаго понятія административнаго иска отъ тѣхъ особенностей, которыми эти предѣлы сужи-

---

[1]) Artur, o. c. «Revue du droit public», 1903, II, p. 423—426. Безусловно административнымъ элементомъ rec. p. e. d. p. Артюръ признаетъ только абсолютную силу рѣшенія, которую онъ, впрочемъ, защищаетъ по практическимъ соображеніямъ.

Digitized by Google

ваются. Объективная теорія смѣшиваетъ здѣсь все въ одну кучу, субъективная теорія проводитъ различіе, — и въ этомъ, намъ кажется, ея несомнѣнное преимущество. И первая категорія особенностей, надо думать, исторически объясняется въ значительной мѣрѣ первоначальнымъ административнымъ характеромъ rec. p. e. d. p. Не говоря уже о теоріи субъективныхъ публичныхъ правъ Бартелеми, представляющей изъ себя концепцію, для усвоенія которой необходимъ такой высокій уровень правового развитія, какого несомнѣнно не было во времена первоначальнаго развитія rec. p. e. d. p., — даже съ точки зрѣнія исторической теоріи Артюра едва ли можно отрицать, что не только государственный совѣтъ воспользовался чисто-административными полномочіями главы государства для присвоенія себѣ права отмѣнять акты публичной власти, но что этотъ же административный характеръ постановленія объ отмѣнѣ позволилъ ему расширить основанія обжалованія за предѣлы традиціоннаго понятія иска. Но совсѣмъ другой вопросъ, какъ слѣдуетъ смотрѣть съ теоретико-правовой точки зрѣнія на эти особенности rec.p.e.d.p. настоящаго времени, въ ихъ современномъ, уже выработанномъ видѣ. Оставляя лишь въ сторонѣ абсолютную силу рѣшенія, аномальный характеръ которой съ исковой точки зрѣнія ни въ комъ, повидимому, не возбуждаетъ сомнѣній, всѣ остальныя особенности этого рода — понятія incompétence и vice de forme и въ особенности détournement du pouvoir, — суть несомнѣнно не что иное, какъ расширеніе понятія административнаго правонарушенія, какъ основанія административно-судебнаго обжалованія, расширеніе, опредѣляемое строго юридическими основаніями, открывающее возможность распространенія административно-судебной жалобы на цѣлый рядъ несомнѣнныхъ нарушеній закона. Если принять во вниманіе, что устраненіе этихъ нарушеній признается правомъ частнаго лица, заявляющаго требованіе объ этомъ, и отказъ ему въ этомъ является отказомъ въ правосудіи, то едва ли намъ, кажется, можно сомнѣваться, что за гражданиномъ признается право на то, чтобы такихъ нарушеній не совершалось, что дѣло идетъ по существу о расширеніи исковой защиты субъективныхъ публичныхъ правъ, — согласиться ли съ мнѣніемъ Бартелеми, что этимъ искомъ именно и созданы новыя субъективныя права, что соблюденіе извѣстныхъ нормъ стало именно благодаря ему правомъ частныхъ лицъ, или съ мнѣніемъ Артюра, что это лишь логически-правильное расширеніе способовъ защиты правъ, независимо отсюда существующихъ. Общее, далеко выходящее за предѣлы французскаго права, значеніе rec. p. e. d. p., указующее путь развитія для административной

Digitized by Google

юстиціи всѣхъ культурныхъ націй, состоитъ не только въ томъ, что это самая широкая изъ всѣхъ нынѣ извѣстныхъ административно-судебныхъ жалобъ, въ матеріальномъ отношеніи, съ точки зрѣнія защищаемыхъ ею правъ, но и въ строго-логичномъ расширеніи самаго понятія административнаго правонарушенія, какъ основанія административнаго иска. Вся трудность здѣсь въ томъ, что отдѣльныя стороны этого иска развивались непропорціонально, что, рядомъ съ высокой структурой въ однихъ отношеніяхъ, онъ недоразвитъ въ другихъ. Чрезвычайно широкій по своимъ основаніямъ, онъ мало интенсивенъ по своимъ послѣдствіямъ. Этимъ и воспользовался, какъ мы видѣли, Дюги. Но въ ограниченіи послѣдствій удовлетворенія иска отмѣной нарушившаго право распоряженія (правильно ли или нѣтъ предсказаніе Мари, что это ограниченіе со временемъ исчезнетъ)[1], все-таки нельзя видѣть противорѣчія исковой природѣ этой жалобы. Во многихъ случаяхъ несомнѣнно эта отмѣна является вполнѣ достаточнымъ средствомъ возстановленія нарушеннаго права; въ другихъ случаяхъ можно только сказать, что принимаются не всѣ мѣры для возстановленія права.

Совмѣстное дѣйствіе обоихъ видовъ французскаго административнаго иска приводитъ къ тому, что всякій административный актъ отъ какого бы органа онъ ни исходилъ, подлежитъ судебно-административному обжалованію. Значеніе этого принципа умѣряется тѣмъ обстоятельствомъ, что не всѣ акты исполнительной власти признаются во Франціи актами административными. Категоріи административныхъ актовъ противополагается категорія актовъ «правительственныхъ» (actes de gouvernement) или «политическихъ», не подлежащихъ абсолютно никакой судебной провѣркѣ, ни общаго, ни административнаго суда. Въ свое время это понятіе сыграло очень большую и очень печальную роль. Дѣло въ томъ, что старая доктрина считала правительственнымъ актомъ всякій актъ высшей исполнительной власти, вызванный политическими мотивами (inspiré par un mobile politique). На этомъ основаніи абсолютнымъ иммунитетомъ пользовались мѣры, вовсе не основанныя ни на какомъ законѣ, если онѣ принимались правительствомъ, съ цѣлью охраны государственной безопасности (sureté de l'état) и общественнаго порядка (ordre public). Это былъ настоящій «палладіумъ произвола». Достаточно напомнить пару наиболѣе яркихъ

---

[1]) Какъ, въ настоящее время, повидимому, уже исчезло ограниченіе компетенціи государственнаго совѣта въ этомъ порядкѣ разсмотрѣніемъ вопросовъ о примѣненіи закона (см. выше).

Digitized by Google

случаевъ. 22 января 1852 года особымъ декретомъ были конфискованы имущества Орлеанской фамиліи, подаренныя въ 1830 году Луи-Филиппомъ своимъ дѣтямъ. Потерпѣвшіе предъявили искъ о возвратѣ недвижимости въ гражданскій судъ. Правительство возбудило прекаціе, и государственный совѣтъ призналъ, что «декретъ 22 января 1852 года есть актъ политическій и правительственный и его исполненіе и результаты не подлежатъ разсмотрѣнію судебной власти»[1]). Еще интереснѣе другое рѣшеніе, устанавливающее некомпетентность въ такихъ случаяхъ не только общаго, но и административнаго суда. Въ 1867 году префектъ полиціи, по распоряженію министра внутреннихъ дѣлъ, наложилъ арестъ на книгу: «Исторія принцевъ Конде». Герцогъ Омальскій и издатель Мишель Леви обжаловали это постановленіе въ государственный совѣтъ въ порядкѣ recours pour excès de pouvoir. Государственный совѣтъ оставилъ жалобу безъ разсмотрѣнія на томъ основаніи, что «сіи мѣры суть акты политическіе и не подлежатъ обжалованію въ нашъ государственный совѣтъ, въ порядкѣ recours pour excès de pouvoir»[2]).

Съ конца 80-хъ годовъ, практика и доктрина сильно подрѣзали крылья привилегіи actes de gouvernement. Въ настоящее время признается, что это понятіе опредѣляется не политической цѣлью, а объективно-политическимъ характеромъ даннаго акта[3]). Что означаетъ слово «политическій» въ этомъ смыслѣ, вызываетъ большія сомнѣнія. Внѣ спора находятся только акты главы государства, относящіяся къ праву конституціонному (промульгація законовъ, отношенія съ народнымъ представительствомъ). Практика относитъ сюда еще нѣкоторые акты верховнаго управленія, какъ-то мѣры, принимаемыя правительствомъ во исполненіе международныхъ до-

---

[1]) Laferrière, II, p. 38.
[2]) Ibid., II, p. 39.
[3]) Прецедентъ установленъ здѣсь двумя рѣшеніями 20 мая 1887 года, какъ разъ по тѣмъ дѣламъ о членахъ павшихъ династій, которыя при прежнихъ режимахъ считались святая святыхъ высшей политики. Въ этотъ день, памятный не только въ исторіи французскаго административнаго суда, но вообще въ исторіи Франціи, какъ правового государства, государственный совѣтъ въ порядкѣ rec. p. e. d. p. разсмотрѣлъ распоряженія военнаго министра объ исключеніи принцевъ фамилій Орлеанской и Мюра изъ списковъ арміи, распоряженія, которымъ былъ приданъ сугубо «политическій» характеръ одобрительной формулой перехода къ порядку дня палаты депутатовъ. Отвергнувъ отводъ министра о политическомъ характерѣ этихъ актовъ, государственный совѣтъ вошелъ въ разсмотрѣніе ихъ по существу и отмѣнилъ одно изъ нихъ. Еще раньше, 2 апрѣля 1886 года, государственный совѣтъ отмѣнилъ распоряженіе префекта Шаранты, воспретившаго расклейку въ предѣлахъ департамента вызвавшаго большія опасенія манифеста принца Жерома-Наполеона. Третья республика впервые сумѣла стать на почву права даже по отношенію къ своимъ явнымъ и смертельнымъ врагамъ, и она-то оказалась первымъ прочнымъ режимомъ.

Digitized by Google

говоровъ, объявленіе осаднаго положенія[1]) и нѣкоторые другіе[2]). Но все это акты, предусмотрѣнные какимъ-либо закономъ или международнымъ договоромъ, хотя толкованіе этого закона и установленіе дѣйствительной наличности условій его примѣненія опредѣляется безконтрольнымъ усмотрѣніемъ правительства. Но съ точки зрѣнія новой практики невозможно прикрытіе привилегіей actes de gouvernement мѣръ абсолютно-произвольныхъ, т.-е. тѣхъ именно, для которыхъ это понятіе было въ свое время изобрѣтено.

И на достоинствахъ и на недостаткахъ французской системы лежитъ явственная печать ея происхожденія. Это система, созданная на девять-десятыхъ практикой, и при томъ практикой, работавшей въ своеобразныхъ условіяхъ. Полная зависимость состава административныхъ судовъ отъ правительства, право высшаго и окончательнаго рѣшенія, принадлежавшее главѣ государства, достаточно обезпечивали интересы правительства въ частныхъ случаяхъ, непосредственно эти интересы затрагивавшихъ. Но именно поэтому оно не обращало особаго вниманія на постоянную, непрерывно продолжавшуюся черезъ всѣ смѣнявшіеся режимы работу приспособленія и медленнаго преобразованія стараго юридическаго матеріала на массѣ незамѣтныхъ, лишенныхъ непосредственнаго политическаго значенія случаяхъ, работу, въ которой полусознательно дѣйствовала историческая тенденція къ расширенію средствъ правоохраны до ихъ логическихъ предѣловъ. Эта же тенденція проявлялась и въ литературѣ при принципіальной конструкціи судебныхъ рѣшеній, и выведеніи изъ нихъ дальнѣйшихъ послѣдствій. Въ результатѣ Наполеоновскія начала административнаго строя замѣнились порядкомъ, въ которомъ фактически почти проведенъ, — теперь уже отчасти и сознанный, — принципъ «ubi ius, ibi remedium». Но этимъ же объясняются недостатки французской системы: ея крайній эмпиризмъ, случайность и несогласованность ея отдѣльныхъ элементовъ, — дѣленіе административныхъ исковъ на два вида, безъ всякаго въ настоящее время раціональнаго основанія, безъ всякаго разумнаго критерія различенія между областями ихъ примѣненія; странный, двойственный характеръ recours pour excès de pouvoir; исключенія и ограниченія совершенно случайнаго характера, какъ неполнота возстановленія права въ по-

[1]) Это право вообще принадлежитъ исполнительной власти только въ исключительномъ случаѣ, — при иностранной войнѣ, во время роспуска палаты депутатовъ. Только законность самаго объявленія военнаго положенія не подлежитъ контролю административнаго суда; напротивъ, мѣры военныхъ властей, принимаемыя на основаніи этого положенія, въ случаѣ несоотвѣтствія ихъ съ существующимъ на этотъ предметъ закономъ, подлежатъ обжалованію на общемъ основаніи. Ibid., II, p. 36—37.

[2]) См. ibid., II, p. 41 ss.

Digitized by Google

рядкѣ rec. p. e. d. p., — или почти потерявшія въ настоящее время свое прежнее весьма реальное основаніе, какъ теорія actes de gouvernement. Но главный недостатокъ французской административной юстиціи (хотя это и выходитъ за предѣлы нашей темы) заключается все-таки въ ея организаціи, въ до сихъ поръ еще существующей зависимости состава административныхъ судовъ и недостаточномъ отдѣленіи въ организаціонномъ отношеніи административной юстиціи отъ чистой администраціи. Неудивительно, что при крушеніи старо-французской теоріи раздѣленія властей взоры французовъ направляются на родственную по языку и культурѣ Бельгію, гдѣ существуетъ система судебнаго контроля надъ администраціей, построенная на діаметрально-противоположныхъ основаніяхъ и, на первый взглядъ, проводящая съ безусловною послѣдовательностью и стройностью опредѣленные правовые принципы[1]).

III.

Сущность бельгійской системы состоитъ, какъ извѣстно, въ полномъ отсутствіи особой административной юстиціи и принципіальной передачѣ разрѣшенія всѣхъ споровъ о правѣ, а слѣдовательно, и судебнаго контроля надъ дѣйствіями администраціи, въ руки единой судебной власти[2]). На основаніи ст. 92 и 93 бельгійской конституціи, какъ споры о гражданскихъ, такъ и споры о политическихъ правахъ подсудны общимъ судамъ. Различіе между этими двумя категоріями заключается лишь въ томъ, что относительно второй категоріи парламентъ имѣетъ право устанавливать исключенія, въ порядкѣ обычнаго законодательства (право, которымъ бельгійское законодательство дѣйствительно воспользовалось въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ-то: относительно дѣлъ о публичной отчетности, дѣлъ о выборахъ, дѣлъ о прямыхъ налогахъ и нѣк. др.)[3]). Судъ разсматриваетъ иски о правѣ публичномъ, разрѣшая всѣ вопросы факта и права на общемъ основаніи и постановляя приговоръ о возстановленіи нарушеннаго права. Такимъ образомъ, бельгійская система опредѣленно и сознательно исходитъ изъ цивилистическаго принципа исковой защиты всякаго субъективнаго права, и здѣсь, наконецъ, мы какъ-будто имѣемъ систему исковой защиты субъективныхъ публичныхъ правъ, построенную на послѣдовательно проведенныхъ, вполнѣ принципіальныхъ основаніяхъ. Но такъ дѣло представляется только

---

[1]) Jaquelin, Principes dominants, p. 39—42.

[2]) Этой системы, кромѣ самой Бельгіи, придерживаются Голландія, Греція и Скандинавскія государства.

[3]) См. Giron, Droit administratif de la Belgique, 1885, I, p. 214—221.

Digitized by Google

на первый взглядъ. Если вышеразсмотрѣнныя системы административной юстиціи можно упрекнуть въ невниманіи къ выработаннымъ гражданскимъ правомъ принципамъ исковой защиты правъ, то бельгійская система грѣшитъ неправильнымъ примѣненіемъ этихъ принциповъ, — можно сказать подражаніемъ ихъ буквѣ, а не духу. Для дѣйствительнаго осуществленія полнаго судебнаго возстановленія нарушенныхъ правъ въ административномъ правѣ нужны нѣкоторыя спеціальныя средства, неизвѣстныя праву гражданскому, просто потому, что между ними существуетъ различіе по существу. Такъ, при незаконныхъ принудительныхъ распоряженіяхъ, подлежащихъ исполненію средствами администраціи, для пресѣченія предполагаемаго или происходящаго правонарушенія прежде всего необходимо, чтобы администрація прекратила свою незаконную дѣятельность. Логическимъ средствомъ исковой защиты нарушаемаго права здѣсь долженъ явиться искъ о прекращеніи незаконныхъ дѣйствій администраціи, и приговоръ по такому иску долженъ бы выразиться въ прямомъ запрещеніи по адресу администраціи. Наоборотъ, если гражданину принадлежитъ право на совершеніе извѣстнымъ органомъ какого-либо положительнаго акта, то единственнымъ средствомъ судебнаго осуществленія этого права явился бы искъ объ исполненіи административнымъ органомъ своей обязанности и приговоръ выразился бы въ прямомъ приказѣ суда данному органу. Весьма вѣроятно, что судебная практика сама выработала бы подлежащія средства, — такъ какъ, какъ увидимъ, такіе случаи представлялись, такія требованія заявлялись и отказъ въ нихъ былъ по существу отказомъ въ правосудіи, — если бы на пути ея не стоялъ противоположный принципъ. «Ст. 92, 93 и 107 конституціи», говоритъ Жиронъ[1]), «весьма точнымъ и весьма дѣйствительнымъ образомъ обезпечиваютъ независимость судовъ по отношенію къ администраціи. Слѣдуетъ согласовать ихъ съ другимъ не менѣе важнымъ принципомъ, съ независимостью администраціи по отношенію къ судамъ. Принципъ этотъ формулированъ французскимъ Національнымъ Собраніемъ въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «Судебныя функціи отличаются и навсегда отдѣляются отъ функцій административныхъ. Судьи не могутъ подъ страхомъ потери должности мѣшать какимъ бы то ни было образомъ дѣйствіямъ административныхъ учрежденій». Этотъ же принципъ признанъ и санкціонированъ ст. 237 угол. улож. Необходимо признать, что онъ входитъ въ наше публичное право». Комбинируя вышеуказанные принципы, практика и юриспруденція пришли

[1]) Ibid., I, p. 231.

Digitized by Google

къ слѣдующимъ выводамъ: Если въ дѣлѣ, разбираемомъ въ судебномъ учрежденіи, возникаетъ вопросъ о примѣненіи къ этому дѣлу административнаго акта, судъ суверенно разсматриваетъ правомѣрность акта, и если окажется, что актъ не основанъ на законѣ, судъ признаетъ его недѣйствительнымъ и разрѣшаетъ дѣло такъ, какъ если бы этого не существовало[1]). Съ другой стороны, судъ не можетъ ни отмѣнять, ни измѣнять административныхъ актовъ, ни объявлять ихъ de plano незаконными, ни воспрещать администраціи совершать дѣйствія, признаваемыя судомъ незаконными[2]), ни предписывать ей исполнить ту или иную законную ея обязанность[3]). Нельзя не признать, что эта система подкупаетъ своей стройностью и кажущимся равновѣсіемъ, которое она устанавливаетъ между судебными и административными властями: при полнотѣ функцій въ области всего правосудія въ матеріальномъ смыслѣ судъ лишенъ возможности вмѣшиваться въ область чистой администраціи. По мнѣнію нѣкоторыхъ, не только бельгійцевъ, это и есть надлежащее раздѣленіе властей, золотая средина между англійскимъ «смѣшеніемъ въ пользу суда» и французскимъ «смѣшеніемъ въ пользу администраціи»[4]). Но дѣло въ томъ, что это равновѣсіе только кажущееся. Бельгія заимствовала принципъ французскаго права, но во Франціи этотъ принципъ есть часть системы, вовсе устраняющей общіе суды отъ разсмотрѣнія административныхъ актовъ. Поэтому послѣдствія его во Франціи и въ Бельгіи были совершенно различны. Во Франціи вмѣсто совершенно устраненныхъ общихъ судовъ развилась административная юстиція, которой этотъ принципъ не касался; развился recours pour excès de pouvoir, который является полнымъ его отрицаніемъ. Въ Бельгіи остались общіе суды, но съ до-нельзя ограниченными полномочіями. Благодаря воспрещенію какого бы то ни было вмѣшательства суда въ ходъ администраціи, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ право нарушается непосредственно какимъ-либо дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ административнаго органа, судебное возстановленіе права оказывается невозможнымъ, и для потерпѣвшаго остается только косвенное средство удовлетворенія своихъ интересовъ, — предъявленіе иска объ убыткахъ къ виновнымъ въ правонарушеніи должностнымъ лицамъ[5]). Это положеніе дѣлъ

---

[1]) Ibid., I, p. 232.
[2]) Ibid., I, p. 233.
[3]) Ibid., I, p. 235.
[4]) Jaquelin, Principes dominants, p. 1—42. Artur, Séparation des pouvoirs, «Revue du droit public», 1902, I, p. 255; 1900, I, p. 243.
[5]) Giron, I, p. 249. Errera, Droit public Belge, 1909, p. 254. «A quoi se réduit donc le pouvoir du juge puis-qu'il ne peut ni annuler l'acte, ni même

Digitized by Google

прекрасно иллюстрируется слѣдующими фактами изъ практики. Въ 1845 году управленіе государственной полиціи (administration de la sureté publique) безъ малѣйшаго законнаго основанія распорядилось о задержаніи и высылкѣ нѣкоторой иностранки. Потерпѣвшая обратилась въ судъ съ требованіемъ объ объявленіи приказа объ арестѣ недѣйствительнымъ и воспрещеніи его исполненія. Принимая во вниманіе, что искъ, въ томъ видѣ, въ какомъ онъ предъявленъ, направленъ къ тому, чтобы судебная власть прямо воспретила управленію государственной полиціи исполнить приказъ, отданный имъ отъ имени министра юстиціи, Брюссельская судебная палата признала себя некомпетентной. Напротивъ, когда впослѣдствіи тѣмъ же лицомъ былъ предъявленъ къ управляющему государственной полиціей (administrateur de la sûreté publique) искъ объ убыткахъ, та же палата этотъ искъ удовлетворила [1]). Еще интереснѣе другой случай, ярко рисующій вмѣстѣ съ тѣмъ, къ чему можетъ привести бельгійская система на практикѣ. Въ 1856 году нѣкій Жакъ Кокюитъ былъ высланъ, въ качествѣ иностранца, королевскимъ указомъ изъ предѣловъ Бельгіи и отведенъ на голландскую территорію. Голландскія власти, признавая его бельгійцемъ, въ свою очередь отослали его обратно. Тогда его предали суду опять какъ иностранца, по обвиненію въ возвращеніи послѣ высылки. Гентскій судъ, признавъ его бельгійцемъ, оправдалъ его. Несмотря на этотъ приговоръ, его снова схватили и выслали изъ предѣловъ страны. «Это нарушеніе закона», говоритъ Жирон, «не могло быть предметомъ обращенія къ суду, такъ какъ суды не имѣютъ права оказывать прямое сопротивленіе административнымъ мѣропріятіямъ». Несмотря, однако, на всю благодѣтельность этого принципа, человѣкъ этотъ принужденъ былъ вести бродячую жизнь и скрываться въ лѣсахъ. Тріумфъ произвола надъ закономъ былъ полный и неизвѣстно, чѣмъ кончилось бы дѣло, если бы запросъ въ палатѣ представителей не заставилъ правительство отмѣнить незаконное распоряженіе [2]).

Конечно, такіе факты въ современной Бельгіи невозможны по причинамъ, не имѣющимъ ничего общаго съ той или иной организаціей судебнаго контроля. Но они бросаютъ яркій свѣтъ на недостатки бельгійской системы какъ таковой и эти недостатки, повидимому, до сихъ поръ даютъ себя чувствовать, хотя и не столь

---

dispenser de son application? Son pouvoir se borne à règler la situation juridique des parties, comme si cet acte n'existait pas et à allouer des dommages-intérêts à celui, dont le droit à été lésé par l'application de l'acte illégal. On aperçoit sans peine l'insuffisance de ce svstème».

[1]) Girion, I, p. 233.

[2]) Ibd., I, p. 235.

Digitized by Google

возмутительнымъ образомъ. По крайней мѣрѣ, выдающійся современный бельгійскій юристъ указываетъ на неудовлетворительность этой системы, какъ по сравненію съ презираемой бельгійцами французской, такъ и по сравненію съ англійскимъ «господствомъ судебной власти». «Если (въ отличіе отъ Франціи)», говоритъ профессоръ Эррера, «правительство, къ счастью, почти никогда не въ состояніи прямо вліять на разрѣшеніе административныхъ споровъ, то зато, граждане часто лишены вовсе права иска, къ большому вреду какъ для прогресса административнаго права, такъ и для ихъ индивидуальныхъ интересовъ. Часто замѣчали, что въ Бельгіи область административнаго произвола тѣмъ болѣе широка, что она находитъ опредѣленныя границы только со стороны правосудія въ собственномъ смыслѣ»[1]). Съ другой стороны, указывая на недостаточность средствъ судебной защиты правъ, нарушаемыхъ исполненіемъ незаконныхъ административныхъ распоряженій, Эррера замѣчаетъ: «Не слѣдуетъ ли предпочесть приказы (injonctions) англо-американскаго права? Мы знаемъ, что они составляютъ вмѣшательство судьи въ область администраціи. Но насколько они болѣе дѣйствительны, нежели денежное удовлетвореніе, при которомъ нужно сначала дать вреду произойти, чтобы затѣмъ возмѣстить его потерпѣвшему!»[2]). Такимъ образомъ, уже сознается, что эта прославленная «раціональная» система, что эта «золотая средина» является на самомъ дѣлѣ непослѣдовательной, что отвергнувъ административную юстицію, какъ посягательство администраціи на область правосудія, она не сдѣлала всѣхъ логическихъ выводовъ изъ представленія защиты публичныхъ правъ общему суду. Но являются ли эти логическіе выводы дѣйствительно вмѣшательствомъ суда въ область чистой администраціи?[3]) Намъ кажется, что и это недоразумѣніе. Несомнѣнно, отмѣна административнаго акта есть сама по себѣ актъ административный, такъ какъ она, прямо уничтожая юридическое значеніе даннаго акта, имѣетъ, слѣдовательно, сама по себѣ административныя послѣдствія. Но выходитъ ли изъ сферы правосудія, изъ сферы установленія дѣйствительнаго существованія и значенія спорныхъ правоотношеній, судебное признаніе по иску частнаго лица права его на совершеніе или несовершеніе опредѣленнаго административнаго акта? Выра-

---

[1]) Errera, p. 250.
[2]) Ibid., p. 253—254.
[3]) Если, конечно, понимать собственную область администраціи именно въ смыслѣ бельгійской теоріи раздѣленія властей, т.-е. въ смыслѣ совершенія актовъ по существу административныхъ, а не въ смыслѣ теоріи старофранцузской, полное отрицаніе которой представляетъ собою вся бельгійская система.

Digitized by Google

зится ли это признаніе въ распорядительной части приговора въ формѣ приказа по адресу администраціи или какъ-либо ипаче, оно само по себѣ не отмѣняетъ административнаго акта; оно лишь налагаетъ на администрацію, какъ сторону въ процессѣ, обязанность поступить по приговору суда, оно устанавливаетъ съ обязательной для сторонъ силой, существованіе между ними извѣстнаго правоотношенія. И если бельгійская система не дѣлаетъ этого логическаго вывода изъ своихъ же собственныхъ основныхъ началъ, то только потому, что въ ней сохранился остатокъ французской теоріи раздѣленія властей, остатокъ, не имѣющій въ этой обстановкѣ раціональнаго основанія.

Системы бельгійская и французская въ извѣстномъ смыслѣ дополняютъ другъ друга. Достоинствомъ первой является не только единство судебной власти, но и принципъ защиты публичныхъ правъ, какъ таковыхъ, путемъ судебнаго въ полномъ смыслѣ слова, иска. Напротивъ, французская система, исходящая изъ отрицанія этихъ началъ, фактически даетъ нѣчто, по крайней мѣрѣ, близкое къ иску, какъ разъ въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ бельгійская система не даетъ никакого средства прямого возстановленія правъ. Тамъ, гдѣ по общимъ условіямъ, недостатки бельгійской системы оказались особенно ощутительными, естественно должна была возникнуть мысль выйти изъ этого положенія путемъ комбинаціи обѣихъ системъ, путемъ установленія рядомъ съ контролемъ общаго суда, еще контроля особой административной юстиціи, рядомъ съ бельгійскимъ судебнымъ искомъ о публичномъ правѣ, еще французскаго recours pour excès de pouvoir. Такова именно исторія этого вопроса въ Италіи. До 1865 года тамъ существовала система административной юстиціи, осуществлявшейся, подобно Франціи, совѣтами префектуръ и государственнымъ совѣтомъ. Но законъ 1865 года установилъ принципіальную компетентность общихъ судовъ во всякаго рода спорахъ о правѣ, съ опредѣленными, указанными закономъ, изъятіями. Но, въ отличіе отъ прежнихъ административныхъ судовъ, они могли лишь признать незаконность извѣстнаго административнаго акта, но не могли его отмѣнить и не могли непосредственно предписать администраціи исправить совершенное ею правонарушеніе. Впрочемъ, если судъ констатировалъ, что данный актъ представляетъ собою правонарушеніе, то это его заключеніе было для администраціи обязательно. Согласно ст. 4 указаннаго закона, «если споръ касается права, нарушеннаго, по утвержденію стороны, актомъ административной власти, суды вѣдаютъ лишь результаты этого акта, относящіяся къ предмету процесса. Самый же административный актъ можетъ быть

Digitized by Google

измѣненъ лишь по жалобѣ къ компетентнымъ административнымъ властямъ, которые при этомъ руководствуются приговоромъ, постановленнымъ по данному дѣлу». Но на дѣлѣ, повидимому, получилось, что рѣшенія судовъ остались сами по себѣ, а дѣйствія администраціи опять сами по себѣ. Если же актъ не имѣлъ особыхъ послѣдствій, могущихъ быть предметомъ самостоятельнаго спора, то иска вообще не было.

Въ результатѣ, въ 1889 году (законъ 31 марта) была возстановлена административная юрисдикція государственнаго совѣта (въ 1890 году учреждены, кромѣ того, мѣстные административные суды), при чемъ однако за общими судами были сохранены права, предоставленныя имъ закономъ 1865 года. Эта административная юстиція обнимаетъ, во-первыхъ, разбирательство нѣкоторыхъ спеціальныхъ споровъ въ полномъ объемѣ (соотвѣтствующее французскому contentieux de pleine juridiction), а затѣмъ два вида жалобъ въ государственный совѣтъ, а именно: жалобы на акты всякихъ административныхъ учрежденій, основанныя на некомпетентности, нарушеніи формы и нарушеніи закона, вполнѣ соотвѣтствующія французскому recours pour excès de pouvoir, съ тѣмъ существеннымъ ограниченіемъ, что предварительно обращенія въ государственный совѣтъ, необходимо исчерпаніе инстанціоннаго порядка обжалованія [1]); и особыя, созданныя закономъ 1889 года [2]), жалобы, имѣющія цѣлью обязать административную власть принять къ руководству рѣшеніе общаго суда, признавшаго наличность нарушенія гражданскаго или политическаго права. Такимъ образомъ, итальянское законодательство нѣсколько оригинально рѣшило задачу о томъ, какъ согласовать обязательность судебныхъ рѣшеній для администраціи съ ея независимостью. Общій судъ признаетъ, что право нарушено, но не исправляетъ нарушенія; для исправленія потерпѣвшій долженъ обратиться къ самой администраціи: если же она не подчинится, то на сцену является третій элементъ, — особый административный судъ, который уже предписываетъ исправленіе. Итакъ, обывателю приходится имѣть дѣло съ тремя инстанціями, изъ которыхъ только первая дѣйствительно безпристрастна, вторая состоитъ изъ самого правонарушителя, — активной администраціи, а третья представляетъ собою нѣчто среднее между тѣмъ и другимъ. И вообще, двойственность и нелогичность всей системы, двойственный, полусудебный, полу-административный характеръ соотвѣтствующей recours pour excès de pouvoir жалобы, не имѣютъ

[1]) Зато исключеніе «политическихъ актовъ» вполнѣ перенесено (ст. 24 закона 1889 г.).

[2]) Тамъ же, ст. 25, § 6.

Digitized by Google

здѣсь даже того оправданія, какъ во Франціи. Тамъ recours pour excès de pouvoir создавался въ то время, когда возможность настоящаго иска о правѣ, нарушенномъ актомъ публичной власти, не сознавалась или, поскольку дѣло идетъ объ общемъ судѣ, прямо отрицалась. Здѣсь принципъ исковой защиты публичныхъ правъ былъ уже признанъ законодательствомъ; оставалось лишь сдѣлать изъ него послѣдніе логическіе выводы, оставалось устранить ограниченіе, представляющее собою послѣдній остатокъ противоположныхъ, уже отброшенныхъ началъ, ограниченіе, вредъ котораго уже сознавался, — вѣдь, въ устраненіи его вредныхъ послѣдствій заключалась цѣль всей реформы. И только практической консервативностью человѣческаго ума можно объяснить то, что итальянскіе государственные люди предпочли не устранить, а обойти этотъ предразсудокъ путемъ комбинаціи различныхъ и противоположныхъ другъ другу системъ, представляющей собою въ совокупности нѣчто въ высокой степени несуразное и безпринципное. При всемъ томъ практически итальянское рѣшеніе вопроса является довольно удачнымъ: сохранивъ всѣ достоинства бельгійской системы, оно дополняетъ ее «кусочкомъ» французской и именно тамъ, гдѣ первая оказывается недостаточной. Французская система, — высшая нынѣ существующая стадія развитія особаго административнаго иска (въ особенности recours pour excès de pouvoir и его исторія) съ одной стороны; итальянская система, представляющая собою попытку исправленія явныхъ недостатковъ бельгійской съ другой, — показываютъ, что объективная тенденція развитія административнаго права европейскихъ государствъ съ разныхъ сторонъ, разными путями идетъ по направленію, логическимъ завершеніемъ котораго является признаніе и проведеніе принципа судебнаго возстановленія всякаго нарушеннаго права всѣми необходимыми для того средствами.

IV.

Система, въ которой этотъ принципъ признанъ и проведенъ въ полной мѣрѣ, существуетъ на самомъ дѣлѣ. Ubi jus, ibi remedium, господство права во всѣхъ областяхъ, полновластіе суда въ дѣлѣ возстановленія нарушеннаго права, — такова недопускающая никакихъ исключеній основа англійскаго государственнаго строя.

Между тѣмъ, необходимо имѣть въ виду, что вопросъ о средствахъ возстановленія нарушенныхъ публичною властью правъ имѣетъ въ Англіи совсѣмъ не то значеніе, какъ на континентѣ. Возстановленіе права нужно только тамъ, гдѣ право уже нарушено. Но въ Англіи дѣятельность административныхъ органовъ по-

Digitized by Google

ставлена въ такія рамки, что самая возможность правонарушенія чрезвычайно сокращается. Здѣсь почти не существуетъ непосредственнаго административнаго принужденія; публичныя требованія администраціи осуществляются по общему правилу, такъ же, какъ требованія частныхъ лицъ другъ къ другу, т.-е. путемъ судебнаго иска въ порядкѣ состязательнаго судебнаго процесса[1]). Благодаря этому, необходимость послѣдующаго судебнаго контроля въ массѣ случаевъ устраняется существованіемъ судебнаго контроля предварительнаго; необходимость исковой защиты правъ устраняется существованіемъ защиты путемъ возраженія. И, однако, эта исковая защита существуетъ, и существуетъ въ той полной мѣрѣ, которую мы указывали въ началѣ настоящей статьи. Она распадается на двѣ, совершенно различныя, категоріи. Первая, практически несомнѣнно болѣе важная, образуется изъ различныхъ основанныхъ на отдѣльныхъ законоположеніяхъ спеціальныхъ жалобъ, разсматриваемыхъ мировыми судебными установленіями (главнымъ образомъ, въ такъ назыв. quarter sessions), а иногда и непосредственно верховнымъ судомъ[2]). Вторая, непосредственно болѣе интересная теоретически, представляетъ собой какъ бы дополненіе къ первой. Она является всеобъемлющимъ средствомъ возстановленія правъ, нарушенныхъ органами власти, и является на сцену во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда не существуетъ какого-либо спеціальнаго средства. Вмѣстѣ съ тѣмъ, подлежащіе иски обладаютъ именно той интен-

---

[1]) Goodnow, Comparative administrative law, 1906, II, p. 123—129. А. Кулишеръ, Господство права и административное принужденіе, стран. 21—32.

[2]) Въ частности, особыя средства обжалованія установлены въ области обложенія. Для подоходнаго и подомовнаго налога установленъ исключительный порядокъ принудительнаго взысканія по непосредственному распоряженію податныхъ властей; возвращеніе взысканныхъ суммъ путемъ иска къ казнѣ по общему правилу невозможно (см. слѣд. прим.). Взамѣнъ этого плательщику предоставлено право кассаціоннаго (on points of law) обжалованія въ верховный судъ послѣ апелляціи къ центральному управленію (commissioners of inland revenue). (Энциклопедія Halsbury, The Laws of England, «Income Tax», vol 16, p. 681—682; «Inhabited House Duty», vol. 17, p. 189). Судебный контроль еще значительно усиленъ по отношенію къ новымъ земельнымъ налогамъ 1909—1910 гг. Не только дана возможность самаго широкаго обжалованія по всѣмъ вопросамъ факта и права, но не установлено никакого особаго порядка принудительнаго взысканія, и эти налоги могутъ взыскиваться только въ общемъ порядкѣ взысканія коронныхъ долговъ, т.-е. въ порядкѣ судебнаго процесса (Napier, The new land taxes, p. CXXIV—CXXIX). Особая судебная жалоба установлена и въ новомъ законѣ о страхованіи (ст. 66). По этимъ даннымъ можно судить о цѣнности разглагольствованій англійскихъ консерваторовъ и довѣрчивыхъ континентальныхъ юристовъ, объ ослабленіи новѣйшимъ законодательствомъ судебнаго контроля надъ управленіемъ и «развитіи административнаго произвола». См. напр. Lord Willoughby de Broke, The constitution and the individual въ сборн. «Rights of citisenship», 1912, а также новѣйшую нѣмецкую работу Koellreutter, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England, 1912).

Digitized by Google

сивностью и полнотой, которыхъ недостаетъ бельгійскому иску о возстановленіи публичнаго права, такъ какъ ведутъ къ особой формѣ приговоровъ, представляющихъ собою прямой приказъ суда по адресу администраціи. Это и есть знаменитые writs of prerogative, издаваемые верховнымъ судомъ по отдѣленію королевской скамьи по такъ наз. канцеляріи коронныхъ дѣлъ — crown office.

Исторія этого института, при всемъ различіи, представляетъ нѣкоторое сходство съ исторіей французскаго recours pour excès de pouvoir. И тамъ и тутъ обходнымъ путемъ былъ созданъ особенный видъ иска для защиты такихъ правъ, которыя по принципамъ права страны не могли защищаться путемъ иска обыкновеннаго. Если французское право не допускало общаго судебнаго или административно-судебнаго спора по поводу большинства актовъ публичной власти, то англійское право никогда не допускало и не допускаетъ до сихъ поръ вообще привлеченія государства, олицетвореннаго въ королѣ, въ качествѣ отвѣтчика (даже по дѣламъ чисто гражданскимъ[1]). И тамъ, и здѣсь практика для созданія судебнаго разбирательства между гражданами и властью воспользовалась полномочіемъ главы государства, превративъ его распоряженія по адресу подчиненныхъ властей въ судебный приговоръ. Судъ королевской скамьи является непосредственнымъ наслѣдникомъ, непосредственнымъ продолженіемъ норманской curia regis. Это учрежденіе, въ качествѣ совѣта при самомъ королѣ, разбирало всякаго рода судебныя и административныя дѣла, принимало жалобы на всякіе низшіе органы и могло требовать отъ нихъ на свое разрѣшеніе всякое дѣло[2]). Распаденіе curia regis на отдѣльныя учрежденія (начавшееся при Генрихѣ I и закончившееся при Генрихѣ III) привело къ образованію трехъ самостоятельныхъ установленій. За выдѣленіемъ частныхъ тяжбъ и финансовыхъ дѣлъ въ два отдѣльныя вѣдомства, «собственныя» дѣла короля (propriae causae regis) образовали компетенцію собственнаго суда короля (curia regis propria), который въ отличіе отъ суда частныхъ тяжбъ не засѣдаетъ въ опредѣленномъ мѣстѣ, а слѣдуетъ за королемъ («ubicunque fuerimus in Anglia») и рѣшаетъ дѣла въ присутствіи короля (coram rege ipso)[3]). Этимъ опредѣляется и его компетенція: онъ рѣшаетъ уголовныя дѣла (placita coronae), онъ является судомъ

---

[1]) Вслѣдствіе этого до сихъ поръ невозможно предъявленіе никакого имущественнаго иска въ казнѣ безъ разрѣшенія правительства.

[2]) Stubbs, Constitutional History of England, I, p. 389. Franqueville, Le système judiciaire de la grande Bretagne, I, p. 143. Holdsworth, History of the english law, vol. 1 (1903), p. 26—28.

[3]) Ibid., p. 78—80. Franqueville, I, p. 155—156. Stubbs, II, p. 266. Maitland, Bractons note-book Introd., p. 56—49.

Digitized by Google

апелляціоннымъ, и, наконецъ, онъ даетъ отъ имени короля различные указы подчиненнымъ властямъ, между прочимъ, конечно, и по жалобамъ частныхъ лицъ [1]). Когда впослѣдствіи компетенція его распространилась и на гражданскія дѣла, они образовали въ немъ такъ наз. «тяжебную часть» (plea side), въ отличіе отъ коронныхъ дѣлъ обоихъ категорій, образовавшихъ «коронную часть» (crown side), обслуживаемую канцеляріей коронныхъ дѣлъ (crown office) [2]). Но съ теченіемъ времени личное участіе короля въ этомъ судѣ превратилось въ фикцію [3]). Судъ королевской скамьи сталъ постояннымъ учрежденіемъ, съ опредѣленнымъ составомъ судей, рѣшающихъ дѣла по существующему праву. Собственно правительственныя дѣла вѣдались не имъ, а самимъ королемъ въ совѣтѣ его сановниковъ (впослѣдствіи тайный совѣтъ) [4]). Практика установила для подаваемыхъ въ судъ королевской скамьи жалобъ строго опредѣленный порядокъ разсмотрѣнія въ судебныхъ формахъ, свела издаваемые этимъ судомъ указы къ опредѣленнымъ видамъ и случаямъ, и эти указы стали упорядоченнымъ орудіемъ защиты правъ частныхъ лицъ. Такимъ образомъ, обжалованіе въ судъ королевской скамьи и его контроль надъ органами власти стали судебнымъ обжалованіемъ и судебнымъ контролемъ, между тѣмъ, какъ административное обжалованіе и административный контроль, особенно развившіеся въ эпоху Тюдоровъ, вѣдались королемъ и его тайнымъ совѣтомъ [5]); точно такъ же, какъ рядомъ съ судебнымъ порядкомъ разрѣшенія уголовныхъ дѣлъ судомъ королевской скамьи, объѣздными судьями и quarter sessions мировыхъ судей, существовалъ и особенно развился въ ту же эпоху административный порядокъ разрѣшенія уголовныхъ дѣлъ въ томъ же совѣтѣ. Въ обѣихъ областяхъ, такимъ образомъ, мы имѣемъ два ряда явленій, вышедшихъ изъ одного источника, но приведшихъ въ концѣ концовъ къ непримиримому противорѣчію: контроль суда королевской скамьи имѣлъ цѣлью поддержанія дѣйствія нормъ права страны; въ немъ выражалась идея подчиненности публичной власти общему праву и общему

---

[1]) Franqueville, I, p. 158.

[2]) Hatschek, Englisches Staatsrecht, II, S. 613.

[3]) Извѣстна попытка Якова I воскресить это право и сопротивленіе, оказанное ему знаменитымъ Кокомъ. Значеніе и характеръ совершившейся эволюціи превосходно иллюстрируется тѣмъ, что Кокъ выводитъ невозможность личнаго участія короля, между прочимъ, изъ того, что этотъ судъ вѣдаетъ «собственныя дѣла короля», который не можетъ быть судьей въ собственномъ дѣлѣ. Coke, Institutes, part. IV, p. 70.

[4]) Stubbs, I, p. 601. Dicey, History of the Privy Council, p. 13. Maitland, Constitutional History of England, 1906, p. 199, 210.

[5]) Редлихъ, Англійское мѣстное управленіе (русск. перев.), II, стран. 325. Dicey, p. 68. Franqueville, I, p. 114. Hatschek, l. c., II, S. 60. Maitland, l. c., p. 258.

Digitized by Google

суду. Между тѣмъ все болѣе развившееся административное обжалованіе распоряженій мѣстныхъ органовъ въ тайный совѣтъ и административное принужденіе непосредственно имъ осуществлявшееся путемъ административныхъ наказаній, рѣзко противорѣчили этой идеѣ, такъ какъ распоряженія тайнаго совѣта, какъ исходившія непосредственно отъ короля, не подлежали обжалованію [1]). Великій Кокъ опредѣленно формулировалъ роль суда королевской скамьи, какъ охранителя законности въ управленіи, заявляя, что разсмотрѣнію этого суда подлежатъ «внѣсудебныя нарушенія, приводящія къ нарушенію мира, или притѣсненію подданныхъ или возникновенію распрей и раздоровъ или къ другому виду дурного управленія, такъ что не можетъ быть совершено никакого незаконнаго дѣянія публичнаго или частнаго, которое не могло бы быть исправлено или наказано въ судебномъ порядкѣ (by due course of law) [2])». Противникъ его, защитникъ «прерогативы» лордъ Эльсмиръ, предвосхищая аргументацію нѣмецкихъ юристовъ XIX вѣка противъ Justizstaat'a столь же категорически выразилъ противоположную точку зрѣнія, возражая, что въ такомъ случаѣ «достаточно суда королевской скамьи для управленія государствомъ; ибо если судъ королевской скамьи можетъ исправлять всѣ виды дурного управленія, то какъ-будто нѣтъ мѣста ни для монаршей заботы короля и власти его, проявляемой лично и путемъ прокламацій, повелѣній и непосредственныхъ указаній, ни для совѣта, который послѣ короля есть главный стражъ всѣхъ частей правительства; и затѣмъ изъ этихъ словъ (Кока) какъ-будто слѣдуетъ, что судъ королевской скамьи можетъ надзирать за правительствомъ и судить, въ чемъ оно дурно управляетъ» [3]).

Конфликтъ былъ разрѣшенъ революціей въ пользу правоваго государства и общаго суда [4]). Устраненіе порядка административнаго обжалованія, принужденія и суда черезъ тайный совѣтъ придало полную силу исковой защитѣ правъ, нарушенныхъ публичной властью, путемъ writs суда королевской скамьи; позднѣйшее установленіе несмѣняемости судей окончательно сдѣлало этотъ судебный контроль независимымъ отъ правительства. Но слѣды происхожденія writs of prerogative сохранились, какъ въ самомъ ихъ названіи, такъ и въ формѣ ихъ изданія: они пишутся

---

[1]) Редлихъ, II, стран. 322—328.

[2]) J. Bagg's case. Coke's Reports (ed. 1826), vol. 6, p. 182; Institutes, IV, p. 70.

[3]) Ellesmere, такъ наз. Observations on lord Coke's Reports, p. 11; найденныя въ концѣ XVII вѣка замѣтки эти представляли собою, можетъ быть, докладъ королю.

[4]) Редлихъ, I, стран. 47.

Digitized by Google

въ видѣ непосредственнаго повелѣнія царствующаго монарха[1]); подлежащее дѣло именуется не дѣломъ частнаго лица-жалобщика, какъ дѣла гражданскія (такой-то: истецъ противъ такого-то: отвѣтчика), а дѣломъ короля, какъ дѣла уголовныя (король противъ такого-то — подсудимый или органъ власти)[2]).

По существу prerogative writs суть приговоры верховнаго суда по иску частнаго лица о нарушеніи его правъ бездѣйствіемъ или превышеніемъ власти административнаго органа, а также мирового или спеціальнаго (военнаго, духовнаго) суда. Изъ пяти извѣстныхъ праву видовъ этихъ writs практическое значеніе въ настоящее время имѣетъ, кромѣ общеизвѣстнаго habeas corpus и writ of certiorari, служащаго почти исключительно средствомъ контроля надъ низшими судами, только writ of mandamus, коимъ предписывается данному органу совершить извѣстное дѣйствіе, къ которому онъ обязанъ по закону.

Первопачальный характеръ mandamus, какъ административнаго распоряженія, привелъ къ любопытной чертѣ въ его развитіи, которую мы встрѣтили и въ исторіи recours pour excès de pouvoir. Въ томъ же рѣшеніи, въ которомъ Кокъ опредѣлилъ въ приведенныхъ выше словахъ сущность судопроизводства въ судѣ королевской скамьи по административнымъ дѣламъ, онъ долженъ былъ признать, что жалобщикъ не можетъ опровергать фактовъ, приведенныхъ въ отвѣтѣ (return) учрежденія, на которое подана жалоба, такъ какъ у сторонъ нѣтъ тяжбы другъ съ другомъ (because the parties are strangers and have no day in Court). Иначе говоря, производство въ порядкѣ mandamus, ставъ судебнымъ обжалованіемъ, было сначала обжалованіемъ кассаціоннымъ. Ограниченіе это обходили путемъ иска объ убыткахъ къ подлежащимъ лицамъ[3]). Въ 1700 году было признано, что если return опороченъ приговоромъ по такому иску, то судъ уже заочно, и не спрашивая объясненій, приказываетъ данному органу выполнить требованіе) такъ наз. peremptory mandamus)[4]). И, наконецъ, въ 1711 году это ограниченіе было отмѣнено закономъ[5]). Mandamus является, по опредѣленію лорда Мансфильда, средствомъ возстановленія права тамъ, гдѣ нѣтъ спеціальнаго иска[6]); онъ можетъ быть отданъ по адресу всякаго органа власти, за исключеніемъ самого короля.

---

[1]) Hatschek, l. c., II, S. 616, 619, 621, 623.
[2]) Franqueville, I, p. 69.
[3]) Buller, Nisi prius, p. 201.
[4]) Buckley v. Palmer, Salket, Reports, II, p. 430.
[5]) G. Anne, c. 20, s. 2.
[6]) Holdsworth, l. c., I, p. 94.

Digitized by Google

Вопреки обычному мнѣнію, «своеобразная» и «исторически образовавшаяся» англійская система наиболѣе соотвѣтствуетъ логикѣ юридическихъ принциповъ. И, напротивъ, на всѣхъ континентальныхъ системахъ лежитъ печать жалкаго эмпиризма и безпринципности или, по крайней мѣрѣ, непродуманности и непослѣдовательности. На самомъ дѣлѣ и тамъ, и тутъ существующее положеніе создано не сознательнымъ проведеніемъ опредѣленныхъ началъ, а объективными потребностями правового государства, опредѣляющими общее направленіе эволюціи, значеніе которой сознается большею частью лишь post factum. Вся разница въ томъ, что въ Англіи эта эволюція уже закончена и поэтому англійская система, несмотря на всю архаичность формъ, является самой логичной и въ самой себѣ и съ точки зрѣнія основныхъ принциповъ государственнаго строя, нынѣ уже повсюду признанныхъ. Признаніе правового характера отношеній гражданъ къ государству, установленіе средствъ защиты субъективныхъ публичныхъ правъ и, въ частности средствъ исковыхъ, расширеній этихъ средствъ, пока предѣлы ихъ не совпадутъ съ предѣлами самихъ этихъ правъ, пока они не покроютъ всѣхъ возможныхъ случаевъ правонарушеній, — такова не только логика идей, но и логика исторіи.

А. Кулишеръ.

Digitized by Google

Тѣлесныя наказанія по русскому дѣйствующему праву.

Современное уголовное право разумѣетъ подъ «тѣлеснымъ наказаніемъ» такую назначенную судомъ за преступное дѣяніе кару, которая направлена на причиненіе осужденному физическаго страданія[1]).

Но, несмотря на такое, казалось бы, достаточно полное опредѣленіе, современные криминалисты разсматриваютъ обыкновенно лишь одну категорію тѣлесныхъ наказаній, — именно ту, когда страданія причиняются наказываемому путемъ нанесенія ему опредѣленнаго числа ударовъ по тѣлу; и лишь изрѣдка встрѣчаются упоминанія еще про одну категорію, когда страданія причиняются путемъ физическаго ограниченія движеній наказываемаго (кандалы)[2]).

Между тѣмъ, если за совершеніе преступнаго дѣянія человѣка лишаютъ по закону средствъ, необходимыхъ для жизни его организма (пища, свѣтъ, воздухъ, тепло и т. п.) или, нагрузивъ на него тяжесть, подолгу не позволяютъ двинуться съ мѣста (постановка «подъ ружье» въ полной аммуниціи), если каждая изъ этихъ мѣръ разсчитана на то, чтобы, угнетая физическую сторону наказываемаго, воздѣйствовать опредѣленнымъ образомъ на его психику, то всѣ эти пріемы, подобно розгамъ и кандаламъ, нельзя назвать иначе, какъ тѣлесными наказаніями.

Причины односторонняго взгляда, проявляемаго криминалистами, останавливающими свое вниманіе лишь на первомъ изъ

---

[1]) А. Г. Тимофеевъ. — «Исторія тѣлесныхъ наказаній въ русскомъ правѣ». С.-Пб. 1897 г., стран. 1. — Многіе ученые (Таганцевъ, Чубинскій, Гогель, Дриль и др.) не находятъ нужнымъ давать опредѣленіе этому понятію, очевидно, считая его общеизвѣстнымъ.

[2]) Н. С. Таганцевъ. — «Русское уголовное право» — лекц., т. II. С.-Пб. 1902, стран. 1113. Тимофеевъ. — Назв. соч., стран. 2 и сл. Какъ у нихъ, такъ и у другихъ изслѣдователей (Ступинъ, Кистяковскій, Шишкинъ и др.) о кандалахъ говорится какъ бы мимоходомъ.

Digitized by Google

всѣхъ упомянутыхъ видовъ тѣлесныхъ наказаній, заключаются, надо полагать, въ слѣдующемъ.

Если изслѣдователь приступаетъ къ изученію тѣлесныхъ наказаній съ исторической точки зрѣнія, то вниманіе его естественно обращается къ періоду расцвѣта ихъ, когда агенты государственной власти всемѣрно изощрялись въ жестокости для причиненія дѣйствительнымъ или мнимымъ врагамъ правопорядка самыхъ острыхъ и длительныхъ мукъ. Подвергнувъ эти наказанія классификаціи по той или иной системѣ [1]) и разсмотрѣвъ каждое изъ нихъ, обычно изслѣдуютъ весь сложный путь борьбы, которая велась вокругъ этого института и окончилась торжествомъ гуманныхъ началъ, когда, сдавая свои позиціи шагъ за шагомъ, этотъ родъ наказаній постепенно вымиралъ, и наконецъ, подъ давленіемъ общественнаго мнѣнія и науки, почти вовсе исчезли изъ кодексовъ современныхъ государствъ наиболѣе грубыя тѣлесныя наказанія. Такъ какъ при этомъ борьба велась въ такой постепенности, что низшія степени тѣлесныхъ наказаній становились предметомъ спора послѣ того, какъ отживали высшія, а менѣе грубыя тѣлесныя наказанія (кандалы и физическія лишенія) искони вѣковъ являлись наказаніями добавочными или дисциплинарными мѣрами, оставаясь въ сторонѣ отъ борьбы за основы карательной системы, то достигнутый результатъ почитается до сихъ поръ столь успѣшнымъ, что въ настоящее время даже и въ спеціальной литературѣ [2]) о тѣлесномъ наказаніи говорится, какъ о чемъ-то давно не существующемъ; а въ обыденной жизни такой же взглядъ укоренился до такой степени, что считаютъ уже цѣлыми десятилѣтіями юбилейные сроки со дня отмѣны тѣлесныхъ наказаній въ Россіи.

При сравнительномъ изученіи современныхъ характерныхъ системъ вниманіе изслѣдователя устремляется на главныя наказанія, а такъ какъ по дѣйствующему русскому праву ни кандалы, ни физическія лишенія къ таковымъ не относятся, то они и остаются въ сторонѣ отъ изслѣдованія, тѣмъ болѣе, что есть еще

---

[1]) Наиболѣе полное изслѣдованіе находимъ у Тимофеева. Онъ подраздѣляетъ тѣлесныя наказанія на: 1) членовредительныя («изувѣчивающія» по Сергѣевскому и Шишкину и «уродующія» — по Кистяковскому), 2) болѣзненныя, — гѣ, кои причиняются безъ поврежденія или лишенія органовъ, — плети, кошки, батоги, шпицрутены, кнутъ и розги, и 3) осрамительныя — декальвація, клейменіе, бритье головы и наложеніе оковъ (стран. 11—12).

[2]) М. П. Чубинскій — Курсъ уголовной политики 1910, стран. 418. С. К. Гогель. — Курсъ уголовной политики въ связи съ уголовной соціологіей 1910, стран. 169. Д. А. Дриль. Ученіе о преступности и о мѣрахъ борьбы съ нею, — посмерт. изд. 1911 г., стран. 169—170.

Digitized by Google

страны (какъ Турція и Китай), гдѣ примѣняются донынѣ и болѣзненныя, и даже членовредительныя тѣлесныя наказанія [1]).

По той же причинѣ, а также и потому, что постановленія нашихъ законовъ относительно менѣе грубыхъ тѣлесныхъ наказаній безсистемно разсѣяны въ различныхъ уставахъ, положеніяхъ и наставленіяхъ, эти наказанія остаются въ тѣни отъ научнаго свѣта и при догматическомъ изслѣдованіи дѣйствующихъ уголовныхъ законовъ. Такому положенію вопроса способствуетъ и то обстоятельство, что большинство этихъ наказаній примѣняется въ административномъ порядкѣ, на основахъ дисциплинарнаго права, столь искусственно и упорно изолируемаго наукой отъ права уголовнаго [2]).

Между тѣмъ, когда какое-либо лицо, облеченное дисциплинарною властью по отношенію къ извѣстному кругу лицъ, ему подчиненныхъ или порученныхъ его надзору и служебной отвѣтственности, накладываетъ дисциплинарное взысканіе, т.-е. «наказаніе, опредѣляемое властью начальника безъ суда» [3]), то этимъ дѣйствіемъ оно, конечно, осуществляетъ ту часть карательной власти, которая ему предоставлена закономъ въ цѣляхъ экономіи силъ сложнаго и дорогого судебнаго аппарата и экономіи времени, протекающаго между моментами совершенія проступка и наложенія кары на провинившагося. Ясно, что дисциплинарное взысканіе по существу своему не теряетъ свойствъ наказанія и не отличается отъ мѣры воздѣйствія, опредѣляемой судомъ ничѣмъ, кромѣ способа наложенія. Облеченное дисциплинарною властью лицо уполномочено на признаніе извѣстныхъ дѣйствій за подлежащій наказанію проступокъ; отъ него же зависитъ и время, и порядокъ, и интенсивность исполненія дисциплинарнаго взысканія, и индивидуализація самой мѣры въ каждомъ данномъ случаѣ. Поэтому, казалось бы, въ этой сферѣ должны быть изучены всѣ возможныя для предвидѣнія обстоятельства, а въ интересахъ охраны правъ личности область административнаго усмотрѣнія должна быть ограничена необходимымъ minimum'омъ, при чемъ нельзя найти достаточныхъ основаній для того, чтобы въ области дисциплинарнаго права дѣйствовали какіе-либо иные принципы, кромѣ тѣхъ, которые примѣняются въ общей теоріи наказанія.

---

[1]) В. Э. Немирскій. — «Тѣлесныя наказанія на Востокѣ». — Харбинъ 1910, стран. 82—89.

[2]) Объ этомъ см. у Таганцева, назв. соч., стран. 826—834; онъ же замѣчаетъ: «дисциплинарныя взысканія не настолько отличаются отъ карательныхъ, чтобы можно было допустить, что то, что безполезно и даже вредно въ одной сферѣ было бы необходимо и полезно въ другой» (стран. 1141).

[3]) Ст. 8 Устава Дисциплинарнаго (кн. XXIII. С. В. П. 1869 г., изд. 3-е).

Digitized by Google

Въ русскомъ дѣйствующемъ правѣ эти двѣ области не только соприкасаются между собою, но нерѣдко и покрываютъ одна другую полностью. Такъ, во многихъ случаяхъ (какъ разъ касающихся примѣненія тѣлесныхъ наказаній) законъ уполномочиваетъ административную власть налагать дисциплинарныя взысканія на нѣкоторыхъ лицъ (каторжныхъ, поселенцевъ, арестантовъ и др.) за такіе проступки, которые по общему закону караются только уголовнымъ судомъ [1]). Знакомо нашему праву и противоположное явленіе, когда изо всей разнообразной массы дисциплинарныхъ взысканій судъ самъ выбираетъ подходящую къ данному случаю кару [2]).

Вотъ почему, посвящая настоящій очеркъ разсмотрѣнію всѣхъ сохранившихся въ Россіи видовъ тѣлесныхъ наказаній, я не считаю возможнымъ выдѣлять тѣ изъ нихъ, которыя примѣняются въ качествѣ мѣръ дисциплинарныхъ.

Съ другой стороны, однако, невозможно включить въ этотъ очеркъ разсмотрѣніе всѣхъ наказаній, оказывающихъ то или иное воздѣйствіе на тѣло наказываемаго: благодаря той тѣсной связи, которая существуетъ между психической и физической сторонами человѣческаго организма, и которая давно констатирована наукою и постоянно наблюдается въ обыденной жизни [3]), сфера изслѣдованія должна бы была въ такомъ случаѣ расширена вплоть до поглощенія буквально всѣхъ существующихъ въ современномъ правѣ наказаній, такъ какъ въ конечномъ результатѣ любое изъ нихъ оказываетъ или можетъ оказать вполнѣ опредѣленное и иногда весьма сильное вліяніе на организмъ совершителя преступнаго дѣянія [4]). Но вопросъ, поставленный столь широко, долженъ служить предметомъ спеціальнаго изслѣдованія. Въ настоящемъ же очеркѣ будетъ итти рѣчь лишь о тѣхъ наказаніяхъ, которыя налагаются по дѣйствующимъ въ Россіи законамъ [5])

---

[1]) Стт. 238 и 240 Уст. о ссыльныхъ по прод. 1909; стт. 395—407 Уст. о содерж. подъ стражею по прод. 1906 г.; ст. 188 Уст. конвойн. службы 1907 г. и др.

[2]) Ст. 264 § III Уст. о ссыльн.; стт. 101, 104, 192, 229 и др. Воинскаго уст. о наказ. (кн. XXII С. В. П. 1869, изд. 3, по прод. 1907).

[3]) У. Джемсъ — «Психологія» — въ пер. Лапшина С.-Пб. 1905, стран. 4; о томъ же см. у Г. Гефдинга — «Очерки психологіи, основанной на опытѣ», — пер. Колубовскаго С.-Пб. 1908, стран. 33—73.

[4]) Не говоря уже о воздѣйствіи на здоровье заключеннаго многихъ аксесуаровъ тюремнаго режима, надлежитъ замѣтить, что бываютъ случаи, когда простой выговоръ или внушеніе въ присутствіи суда можетъ лишить человѣка сна или аппетита и даже вызвать острое заболѣваніе (обморокъ, нервный припадокъ и т. п.).

[5]) Тѣлесныя наказанія, налагаемыя внѣ порядка, установленнаго въ законахъ, также не входятъ въ настоящій очеркъ. — См. у Н. Евреинова — «Исторія тѣлесныхъ наказаній въ Россіи», т. I.

Digitized by Google

съ прямою цѣлью причинить человѣку физическое страданіе и уже этимъ путемъ добиться ожидаемаго результата въ психическомъ отношеніи.

При этомъ соображенія, приведенныя выше, съ достаточною обязательностью заставляютъ разумѣть подъ тѣлеснымъ наказаніемъ по нашему праву предоставленное закономъ судебной или административной власти и разсчитанное на причиненіе физическихъ страданій воздѣйствіе на тѣло лица, являющагося или предполагаемаго[1]) виновникомъ преступнаго дѣянія.

ГЛАВА I.

Розги.

Изо всѣхъ тѣлесныхъ наказаній, причиняющихъ физическое страданіе путемъ нанесенія опредѣленнаго числа ударовъ по тѣлу наказываемаго, у насъ, какъ извѣстно, сохранился до сего времени одинъ видъ — розги, представляющія собою замѣну кошекъ, батоговъ, плетей, шпицрутеновъ, кнута и хлыста, отошедшихъ постепенно навсегда въ область исторіи. Причины сохраненія въ русскомъ правѣ этого способа воздѣйствія на виновниковъ преступныхъ дѣяній, равно какъ и происхожденіе соотвѣтствующихъ постановленій закона извѣстны изъ исторіи грубыхъ тѣлесныхъ наказаній, столь подробно разработанной въ спеціальной юридической литературѣ, что въ настоящее время нѣтъ нужды останавливаться болѣе на этомъ вопросѣ[2]). Достаточно вспомнить лишь

---

[1]) По дѣйствующимъ въ Россіи законамъ нѣкоторыя тѣлесныя наказанія налагаются, во-первыхъ, на подслѣдственныхъ и подсудимыхъ, а во-вторыхъ, на лицъ, виновность которыхъ устанавливается въ лишенномъ всякихъ гарантій суммарномъ порядкѣ уголовнаго процесса (объ этомъ см. ниже гл. I и II).

[2]) Кромѣ упомянутаго выше труда Тимофеева и посвященныхъ тѣлеснымъ наказаніямъ главъ въ общихъ учебникахъ и курсахъ уголовнаго права (Таганцева, Кистяковскаго, Фойницкаго, Сергѣевскаго, Вульферта, Владимирскаго-Буданова и др.), необходимо отмѣтить изо всей громадной литературы вопроса слѣд. сочиненія: І. Шишкинъ. «О тѣлесныхъ наказаніяхъ въ связи съ началомъ наказанія вообще» «Юрид. Вѣстн.» Калачова 1861, X и XI. М. Ступинъ — «Исторія тѣлесн. наказаній въ Россіи отъ судебниковъ до наст. времени» 1887. — Н. Сергѣевскій — «Тѣл. наказанія въ Россіи въ XVII в.». — Журн. гр. и уг. права 1886 № 1, П. Обнинскій — «Розга, какъ карательная мѣра» — «Юрид. Вѣстн.» 1892 № 1, Бинштокъ. — «Матеріалы для исторіи отмѣны тѣл. нак.» — тамъ же, №№ 7 и 8. — Г. Джаншіевъ — «Какъ уцѣлѣла розга». — «Міръ Божій» 1895, іюнь. — В. Семевскій — «Необходимость отмѣны тѣл. наказ.». — «Русск. Мысль» 1896 г. февраль и мартъ. — Д. Жбанковъ и В. Яковенко.

Digitized by Google

общіе выводы этихъ изслѣдованій, гласящіе о томъ, что широкое примѣненіе тѣлесныхъ наказаній въ Россіи объяснялось, съ одной стороны, системой устрашенія, царившей въ законодательствѣ, а съ другой,— отношеніями, исторически сложившимися между классами населенія; что весь процессъ медленнаго вымиранія этихъ наказаній характеризуется постепеннымъ переходомъ отъ болѣе жестокихъ способовъ къ менѣе суровымъ пріемамъ причиненія физической боли и такимъ же постепеннымъ расширеніемъ круга лицъ, изъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній; что дѣйствующіе у насъ уголовные законы представляютъ собою не осуществленіе какой-либо одной и единообразной для всѣхъ гражданъ карательной системы, а являются результатомъ историческихъ наслоеній; что въ области права дисциплинарнаго примѣняются у насъ пормы устарѣлыя и несоотвѣтствующія современному положенію личности въ государствѣ; что, наконецъ, дѣятельность законодательная въ отношеніи отмѣны тѣлесныхъ наказаній характеризуется полумѣрами, лишь суживавшими сферу ихъ примѣненія и проведенными подъ давленіемъ общественнаго мнѣнія.

Обращаясь къ анализу дѣйствующаго русскаго законодательства относительно области и условій примѣненія наказанія розгами, слѣдуетъ замѣтить, что послѣднее существуетъ у насъ для каторжныхъ, для поселенцевъ, для присужденныхъ въ исправительныя арестантскія отдѣленія и для содержащихся въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ нижнихъ чиновъ, а примѣняется оно преимущественно (но не исключительно) въ видѣ дисциплинарнаго взысканія.

1. Для ссыльно-каторжныхъ, подъ которыми законъ[1]) и тюремная практика[2]) разумѣютъ и дѣйствительно «сосланныхъ» въ каторжныя работы, и заключенныхъ по приговору суда въ каторжныя тюрьмы, и, наконецъ, содержащихся въ каторжныхъ отдѣленіяхъ тюремъ общаго устройства,—наказаніе розгами до 100 ударовъ назначается, во-первыхъ, за «маловажныя престу-

---

«Тѣл. наказанія въ Россіи въ настоящее время». 1899. Кромѣ того, не говоря уже объ архивныхъ данныхъ, не мало цѣннаго матеріала находимъ въ извѣстныхъ работахъ Максимова, Ядринцева и Джаншіева и многочисленныхъ болѣе мелкихъ статьяхъ общихъ и спеціальныхъ юридич. журналовъ позднѣйшихъ годовъ. Но большинство крупныхъ работъ относительно тѣлесныхъ наказаній относится, какъ это видно изъ приведенныхъ датъ, къ концу XIX вѣка: очевидно, вопросъ потерялъ свою жгучесть, несмотря на то, что эти наказанія еще широко практикуются въ Россіи.

[1]) Ст. 1 Устава о ссыльныхъ по прод. 1909 г.

[2]) «Наставленіе о порядкѣ освидѣтельствованія, распредѣленія, регистраціи и препровожденія ссыльныхъ», утвержд. мин. юст. 31 XII 1904 (собр. Уз. 1905 № 23, ст. 217), отдѣлъ I.

Digitized by Google

пленія и проступки» властью тюремнаго начальства, а во-вторыхъ, по приговору суда (въ одномъ случаѣ).

«Маловажными преступленіями и проступками» въ отношеніи каторжныхъ почитаются всѣ тѣ преступныя дѣянія, которыя подлежатъ по обще-уголовнымъ законамъ наказанію, не превосходящему заключенія въ тюрьмѣ съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ [1]). Другими словами, въ этой группѣ преступныхъ дѣяній заключаются всѣ проступки, предусмотрѣнные уставомъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, и бо́льшая часть преступленій, содержащихся въ Уложеніи о наказаніяхъ, а равно и третья часть упомянутыхъ въ тѣхъ статьяхъ новаго уголовнаго уложенія, которыя введены въ дѣйствіе [2]). Кромѣ того, сюда же отнесены въ уставѣ о ссыльныхъ и спеціальные проступки, т.-е. тѣ, которые могутъ быть учинены только во время отбыванія наказанія каторгою, а именно: «кратковременныя отлучки съ мѣста работъ (очевидно, самовольныя), не признаваемыя побѣгомъ, т.-е. на срокъ менѣе 7 сутокъ, нетрезвое и буйное поведеніе, лѣность къ работѣ, своевольство и другія подобныя симъ нарушенія установленнаго порядка и благочинія»[1]).

Правда, кромѣ наказанія розгами, законъ предоставляетъ начальнику, разбирающему данное дѣло о маловажномъ преступленіи или проступкѣ каторжнаго, накладывать и иныя дисциплинарныя взысканія и прежде всего—одиночное заключеніе (для безсрочныхъ—до 20, для срочныхъ—до 10 дней), видимо, какъ бы могущее, по мысли законодателя, замѣнять розги, такъ какъ въ соотвѣтствующемъ пунктѣ [3]) поставленъ союзъ «или». А рядомъ съ этими наказаніями значатся: продолженіе опредѣленнаго по приговору суда срока работъ, продленіе законнаго срока пребыванія въ отрядѣ испытуемыхъ, наложеніе оковъ и т. п. Но ни въ уставѣ о ссыльныхъ, ни въ сенатскихъ и министерскихъ разъясненіяхъ къ нему, ни, наконецъ, въ Общей тюремной инструкціи 1912 года [4]) не содержится не только какихъ-либо болѣе точныхъ правилъ относительно того, въ какомъ порядкѣ должны быть

---

[1]) Ст. 235 Уст. о ссыльныхъ.

[2]) Проступки, перечисленные въ спеціальныхъ уставахъ (лѣсномъ, таможенномъ и др.),сюда не входятъ, ибо ихъ не можетъ совершить лицо, состоящее на каторгѣ; если же такіе проступки совершаются каторжнымъ, числящимся «въ бѣгахъ», то на основ. стт. 263—265 Уст. о ссыльныхъ, они подлежатъ карѣ по совокупности на основаніи судебнаго приговора.

[3]) П. 1 ст. 240 Устава о ссыльныхъ.

[4]) Ст. 273 Общ. Тюр. Инстр., пытающаяся внести нѣкоторый порядокъ, не опредѣляетъ, что должно разумѣть подъ «выдающимися проступками» и какъ надлежитъ сообразовать при этомъ упоминаемыя въ ней «личныя особенности арестанта».

Digitized by Google

налагаемы эти дисциплинарныя взысканія, но нѣтъ даже указаній о томъ, какъ понимать союзъ «или», поставленный въ законѣ между розгами и одиночнымъ заключеніемъ, т.-е.—въ какихъ случаяхъ и въ какой пропорціи одно изъ этихъ наказаній можетъ быть замѣняемо другимъ или назначаемо вмѣсто другого. Наоборотъ,— опредѣляя порядокъ наложенія взысканій, уставъ находитъ нужнымъ именно по поводу розогъ сдѣлать оговорку о томъ, что это наказаніе опредѣляется виновному окончательно и приводится въ исполненіе по распоряженію начальника (смотрителя) тюрьмы, хотя можетъ быть независимо отъ этого назначено и тюремнымъ инспекторомъ, и губернаторомъ [1]). Что касается остальныхъ упомянутыхъ выше мѣръ, то онѣ осуществляются не иначе, какъ съ утвержденія губернатора (кромѣ наложенія оковъ, санкціонируемаго тюремнымъ инспекторомъ).

Изъ этихъ постановленій закона, очевидно, надлежитъ сдѣлать выводъ, что розги вмѣстѣ съ одиночнымъ заключеніемъ считаются низшей дисциплинарной мѣрой изъ всѣхъ упомянутыхъ выше, при чемъ, такъ какъ въ законѣ нѣтъ никакого упоминанія о правѣ подлежащаго высѣченію лица просить о замѣнѣ этого наказанія инымъ, хотя бы и считаемымъ болѣе тяжкимъ, явствуетъ, что такого права за каторжными не признается. Между тѣмъ, казалось бы, что никакой опасности колебанія «установленнаго порядка и благочинія» не создалось бы при допущеніи права подобной замѣны.

Далѣе, обращаясь къ термину «окончательно», употребленному закономъ именно по поводу назначенія наказанія розгами, слѣдуетъ признать его особенно неудачнымъ: если рѣшеніе начальника тюрьмы по какому-либо дѣлу, оканчивающемуся продленіемъ срока пребыванія даннаго каторжнаго въ разрядѣ испытуемыхъ, подлежитъ провѣркѣ со стороны тюремнаго инспектора и губернатора, хотя такое рѣшеніе всегда можетъ быть взято назадъ, отмѣнено, то ничѣмъ не можетъ быть обосновано отсутствіе правила о такой же провѣркѣ въ томъ случаѣ, когда наказаніе, уже приведенное въ исполненіе (розги), не можетъ быть отмѣнено. И если самое соотвѣтствіе опредѣляемаго по усмотрѣнію начальника тюрьмы наказанія совершенному каторжнымъ «маловажному преступленію или проступку» предоставляется установить тому же начальнику, но рѣшеніе послѣдняго, замѣняющее приговоръ суда, въ одномъ случаѣ подлежитъ ревизіи со стороны высшей инстанціи, то гдѣ же основаніе для того, чтобы и остальныя рѣшенія этого «судьи» не были провѣряемы? Гдѣ же хоть малѣйшая гарантія

[1]) Ст. 275 Уст. о ссыльныхъ.

Digitized by Google

того, что каждое дѣло будетъ рѣшено справедливо этимъ единоличнымъ судьею-начальникомъ (который въ то же время бываетъ нерѣдко и потерпѣвшимъ и свидѣтелемъ), часто не обладающимъ и среднимъ образованіемъ, но принужденнымъ разбирать въ исключительно трудной для разслѣдованія ихъ обстановкѣ[1]) такія дѣла, для которыхъ въ нормальныхъ условіяхъ требуется весь сложный аппаратъ уголовнаго суда?

И оказывается, что единственной гарантіей, единственнымъ отвѣтомъ на эти вопросы является обязанность начальника тюрьмы «записывать всѣ назначаемыя имъ наказанія съ означеніемъ преступленій и проступковъ, за кои они были опредѣлены, въ особыя штрафныя книги, посредствомъ которыхъ начальства, производящія обозрѣнія, обязаны наблюдать за дѣйствіями низшихъ должностныхъ лицъ»[2]). Такимъ образомъ, устанавливается періодическая провѣрка всѣхъ наложенныхъ взысканій уже послѣ приведенія ихъ въ исполненіе и въ общемъ порядкѣ инспекторскаго смотра; но и въ этомъ видѣ охрана правъ несправедливо наказаннаго каторжнаго не доведена до конца: въ законѣ не говорится ничего о послѣдствіяхъ такого факта, если начальство, обозрѣвающее штрафную книгу, усмотритъ неправильность наложенія взысканія. Здѣсь находимъ косвенное подтвержденіе того самимъ собою разумѣющагося положенія, что начальникъ тюрьмы запишетъ любой случай въ штрафную книгу правильно, а если онъ самъ и подлежитъ за подобное упущеніе отвѣтственности въ общеслужебномъ порядкѣ, то для каторжнаго, высѣченнаго безъ достаточныхъ формальныхъ основаній, это обстоятельство не будетъ имѣть никакихъ послѣдствій, кромѣ возможности осуществленія права жалобы. Что касается послѣдняго, то оно возможно лишь при случаяхъ посѣщенія каторги высшимъ начальствомъ, а въ ежедневной жизни подача жалобъ допускается не иначе, какъ черезъ начальника тюрьмы и въ письменной формѣ, при чемъ этотъ начальникъ всегда можетъ фактически и не пропустить жалобу, и изложить обстоятельства дѣла въ такомъ видѣ, что опять-таки жалоба не будетъ имѣть никакого результата.

При такой обстановкѣ и при довѣріи, иногда и поддержкѣ высшаго начальства, а также благодаря сокровенности всего, проис-

---

[1]) Когда среди каторжанъ, съ одной стороны, часто проявляется крѣпкое товарищество и процвѣтаетъ принципъ невыдачи виновнаго, а въ другихъ случаяхъ не рѣже наблюдается ложный доносъ по злобѣ изъ-за пустяка, обставленный сговорившимися лжесвидѣтелями (о бытѣ каторжанъ въ этомъ отношеніи даютъ прекрасныя иллюстраціи Достоевскій, Чеховъ и Дорошевичъ).

[2]) П. 4 ст. 275 Уст. о ссыльныхъ.

Digitized by Google

ходящаго за высокими стѣнами каторжной тюрьмы, куда не проникаетъ могущественное вліяніе гласности, у тюремнаго начальства нерѣдко создается преувеличенное представленіе о полнотѣ и самостоятельности его власти, естественно передающееся низшимъ служащимъ. Все это вмѣстѣ взятое представляетъ собою благодатную почву для всякаго рода злоупотребленій, свѣдѣнія о которыхъ изрѣдка проникаютъ въ печать, а затѣмъ подтверждаются и офиціальнымъ разслѣдованіемъ, склоннымъ скорѣе преуменьшить, чѣмъ преувеличить рѣзкость штриховъ и густоту красокъ картинъ истязаній, случающихся въ русскихъ каторжныхъ тюрьмахъ [1]).

Переходя къ наказанію розгами, назначаемому каторжнымъ по приговору суда, надлежитъ замѣтить, что законъ устанавливаетъ это наказаніе въ единственномъ случаѣ,—когда ссыльно-каторжный «изобличенъ въ перемѣнѣ имени и, сверхъ того, въ одномъ или нѣсколькихъ изъ маловажныхъ преступленій или проступковъ» [2]). Наказаніе розгами до 100 ударовъ, къ которому тогда «приговаривается» виновный, служитъ какъ бы предварительною карою: его сперва сѣкутъ, а затѣмъ обращаютъ на самыя тяжкія работы и удлиняютъ срокъ пребыванія на каторгѣ [3]). Такимъ образомъ, разрѣшеніе вопроса о томъ, перемѣнился ли именемъ («смѣнялся», по терминологіи каторги) каторжный съ кѣмъ-либо другимъ, считается въ законѣ, съ одной стороны, достаточно сложнымъ, чтобы устранить этотъ вопросъ изъ компетенціи единоличнаго судьи-начальника [4]), а съ другой, достаточно простымъ, чтобы указать суду одну и ту же мѣру воздѣйствія на всякаго виновнаго—розги, что вполнѣ опредѣленно обозначено словомъ «приговаривается», не взирая на мотивы этого проступка и на разнообразіе сопровождающихъ его маловажныхъ преступленій. Ясно, что указывая суду родъ иныхъ наказаній для каторжныхъ за болѣе тяжкія дѣянія, въ данномъ случаѣ законодатель считаетъ розги единственно пригодной мѣрой исправленія для тѣхъ, кто пожелалъ именоваться не такъ, какъ онъ значится въ офиціальныхъ документахъ. Между тѣмъ, у тюремнаго начальства есть въ рукахъ дѣйствительное средство, дѣлающее всякую перемѣну

---

[1]) За послѣднія 6 лѣтъ эти истязанія не разъ бывали предметомъ обоснованныхъ запросовъ депутатовъ въ Гос. Думѣ. (См. напр. газету «Россія», 1910 г. № 1348 «Объ истязаніяхъ въ русск. тюрьмахъ».)

[2]) Ст. 264 § III п. 5 Уст. о ссыльн.

[3]) Несомнѣнный остатокъ пріемовъ XVIII вѣка, когда осужденнаго сперва били, а затѣмъ ссылали.

[4]) Хотя подъ опредѣленіе «маловажныхъ прест. и прост.», даваемое уставомъ о ссыльн., вполнѣ подходитъ предусмотрѣнное стт. 1416—1417 уложенія о нак. именованіе себя чужимъ именемъ.

Digitized by Google

именъ не болѣе, какъ покушеніемъ съ негодными средствами: я говорю про рекомендуемое главнымъ тюремнымъ управленіемъ фотографированіе и подробное описаніе осужденныхъ на каторгу и въ ссылку [1]).

Въ обоихъ видахъ, т.-е. и въ качествѣ административнаго взысканія, и въ качествѣ судебной кары, наказаніе розгами примѣняется въ отношеніи «испытуемыхъ» и «исправляющихся» каторжныхъ всѣхъ трехъ разрядовъ независимо отъ того преступленія, которое послужило причиной ихъ пребыванія на каторгѣ и того класса населенія, къ коему они принадлежали до осужденія. Освобождаются отъ розогъ безусловно всѣ женщины, а изъ мужчинъ — достигшіе 60 лѣтъ и увѣчные: для нихъ это наказаніе замѣняется одиночнымъ заключеніемъ на срокъ до 10 сутокъ [2]). Что касается больныхъ, то они освобождаются отъ розогъ условно, а именно до выздоровленія, послѣ чего, если по заключенію врача, они могутъ перенести удары, наказаніе приводится въ исполненіе.

Законъ устанавливаетъ очень сложный формальный порядокъ для пріостановленія или отмѣны уже начатаго наказанія розгами: «если подвергаемый наказанію розгами», гласитъ ст. 280 устава о ссыльныхъ, «не будетъ въ состояніи вслѣдствіе внезапно приключившейся ему болѣзни или слабости, выдержать опредѣленное ему число ударовъ, то производящій сіе наказаніе чиновникъ обязанъ остановить наказаніе и призвать врача». Эта статья не указываетъ, однако, что̀ должно служить показателемъ «приключившейся» болѣзни или слабости, и достаточно ли одного заявленія наказываемаго, и лишь изъ сопоставленія этой статьи со ст. 273 и 56 общ. тюр. инструкціи явствуетъ, что если наличность болѣзни опредѣляетъ до экзекуціи врачъ, обязанный осматривать каждаго, подлежащаго сѣченію арестанта, то во время исполненія наказанія для пріостановленія его достаточно заявленія наказываемаго или объективныхъ признаковъ, замѣчаемыхъ присутствующимъ чиновникомъ [3]). Далѣе, по уставу, если по мнѣнію врача подвергаемый наказанію розгами безъ явной опасности для его жизни не будетъ въ состояніи выдержать положенное число ударовъ, то для пріостановленія наказанія считается все-таки недостаточнымъ заявленіе

---

[1]) Цирк. нач. гл. тюр. управл. 7. II 1885 г. № 175 и отд. II «Наставленія о порядкѣ освидѣтельствов. каторжныхъ» (Соб. Узак. 1905 № 23, ст. 217).
[2]) П. 2 ст. 261 Уст. о ссыльн.
[3]) Мыслимы, конечно, случаи, когда самъ наказываемый не заявитъ, объективныхъ признаковъ, не замѣтятъ присутствующіе, а болѣзнь все же приключится; но ни въ законѣ, ни въ инструкціяхъ о такихъ случаяхъ не говорится.

Digitized by Google

врача объ этомъ: требуется, чтобы врачъ не только констатировалъ «явную опасность для жизни», но и «тщательно освидѣтельствовалъ преступника», а затѣмъ подробно изложилъ бы на бумагѣ свои мотивы. Этого мало: свидѣтельства, составленныя тюремными врачами, должны быть повѣряемы врачебными отдѣленіями губернскихъ управленій (или замѣняющими ихъ учрежденіями), гдѣ можно, путемъ личнаго переосвидѣтельствованія преимущественно въ отношеніи вывода. Но и это еще не конецъ: каковъ бы ни былъ утвержденный врачебнымъ отдѣленіемъ выводъ, наказаніе еще не отмѣняется, а лишь пріостанавливается до новаго — и опять «тщательнаго» — освидѣтельствованія послѣ выздоровленія арестанта. И лишь въ томъ случаѣ, если тогда будетъ установлено наличіе неизлѣчимой болѣзни, освидѣтельствованный освобождается отъ розогъ, и наказаніе совершенно отмѣняется [1]).

Во всемъ этомъ порядкѣ пріостановленія и отмѣны назначенныхъ розогъ ясно проглядываетъ недовѣріе законодателя къ врачамъ, въ которыхъ, видимо, до сихъ поръ предполагаются постоянные защитники и ходатаи за наказуемыхъ [2]).

Кромѣ того, небезынтересно отмѣтить, что, если назначеніе розогъ ставится, какъ мы видѣли, почти внѣ контроля со стороны высшаго начальства, то совершенно противоположное постановленіе содержится въ законѣ относительно очевидно нежелательныхъ для законодателя случаевъ неисполненія назначенной экзекуціи: обо всѣхъ подобныхъ случаяхъ требуется немедленное донесеніе губернскому начальству съ приложеніемъ упомянутаго заключенія врача.

Разсмотрѣніе всѣхъ приведенныхъ выше постановленій дѣйствующаго у насъ закона относительно розогъ, какъ наказанія для ссыльно-каторжныхъ, приводитъ къ заключенію, что это наказаніе не только не обнаруживаетъ тенденціи вымиранія, но, наоборотъ, обставлено такимъ образомъ, что, во-первыхъ, можетъ быть практикуемо весьма широко, а во вторыхъ, будучи назначено, почти всегда приводится въ исполненіе, такъ какъ для замѣны, отмѣны и даже пріостановленія его въ законѣ содержится цѣлый рядъ препятствій.

---

[1]) Ст. 280 Уст. о ссыльн.

[2]) Еще Достоевскій въ своихъ «Запискахъ изъ мертваго дома», разсказывая про каторжныхъ, скрывающихся въ госпиталь изъ страха предстоящаго тѣлеснаго наказанія, замѣчаетъ: «извѣстно всѣмъ арестантамъ во всей Россіи, что самые сострадательные для нихъ люди — доктора... — истинное прибѣжище для арестантовъ во многихъ случаяхъ» (стран. 56 въ изд. Маркса 1894 г.).

Digitized by Google

2. Въ подобномъ же положеніи находится у насъ вопросъ о розгахъ для ссыльно-поселенцевъ: и къ нимъ это наказаніе примѣняется какъ въ дисциплинарномъ порядкѣ, такъ и по приговору суда.

Въ качествѣ мѣры административнаго воздѣйствія ссыльно-поселенцы могутъ быть подвергаемы наказанію розгами не свыше 100 ударовъ на ряду съ другими дисциплинарными взысканіями [1]) за тѣ же самые «маловажныя преступленія и проступки», которые считаются таковыми и въ отношеніи каторжныхъ, и къ которымъ относятся еще: кратковременныя самовольныя отлучки изъ мѣстъ поселенія и просрочки отпусковъ не долѣе 1 мѣсяца (во время работъ на заводахъ—не долѣе 7 дней), «нерадѣніе къ домообзаводству», а равно и всѣ спеціальные проступки, считающіеся и для каторжныхъ нарушеніями порядка и благочинія [2]).

Казалось бы, что, если сохраняются до сихъ поръ дисциплинарныя взысканія для ссыльно-поселенцевъ, то слѣдовало бы ихъ назначать совсѣмъ на иныхъ, чѣмъ для каторжанъ, основаніяхъ: каторга и поселеніе слишкомъ различны между собою по характеру наказанія и режиму жизни наказуемыхъ, чтобы можно было, вводя такое однообразіе, регламентировать каждый шагъ поселенца. Та мѣра свободы, которой долженъ пользоваться поселенецъ по сравненію съ находящимся въ тюрьмѣ ссыльно-каторжнымъ, и на которую разсчитываетъ законодатель, какъ на стимулъ исправленія (другой вопросъ, насколько достаточна эта мѣра свободы и насколько состоятельна ссылка, какъ наказаніе), должна бы служить исходнымъ пунктомъ при рѣшеніи вопроса о способѣ, предѣлахъ и условіяхъ начальственнаго воздѣйствія на ссыльно-поселенца.

Между тѣмъ, дѣйствующее право предоставляетъ административной власти наказывать поселенцевъ за малѣйшіе дисциплинарные проступки, при чемъ минимальнымъ (т.-е. и наиболѣе частымъ) наказаніемъ являются именно розги, которыя опредѣляются виновнымъ «окончательно» до 30 ударовъ—становыми (въ городахъ—городскими) приставами и даже волостными правленіями; если же, по мнѣнію тѣхъ же лицъ, поселенецъ долженъ быть наказанъ свыше 30 и до 100 ударовъ, то на такое наказаніе испрашивается ими разрѣшеніе исправника или полицеймейстера, которые и самостоятельно опредѣляютъ это наказаніе, когда проступку по-

---

[1]) Арестъ при полиціи либо волости или употребленіе въ общественную работу на срокъ не болѣе 3 мѣс., отдача въ работу на заводъ или въ исправительное арестанское отдѣленіе до 1 года, заключеніе въ тюрьмѣ до 2 лѣтъ (ст. 238 Уст. о ссыльн.)

[2]) Нетрезвое и буйное поведеніе, лѣность къ работѣ, своевольство и др. (стт. 235 и 236).

Digitized by Google

селенца по общимъ уголовнымъ законамъ соотвѣтствуетъ бо́льшая кара, именно, тюрьма съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ[1]). Наконецъ, такъ какъ высшая дисциплинарная власть относительно ссыльно-поселенцевъ принадлежитъ губернатору, то наказаніе розгами можетъ быть назначено и по его распоряженію[2]); когда же поселенецъ содержится въ тюрьмѣ, это же взысканіе накладывается на него властью начальника тюрьмы[3]).

Всѣ эти лица—отъ волостного старшины до губернатора, осуществляя свою судебно-карательную власть въ отношеніи ссыльно-поселенцевъ, не связаны никакими формальностями при разсмотрѣніи дѣлъ объ ихъ преступленіяхъ и проступкахъ: даже производство полицейскаго дознанія не считается обязательнымъ[4]), а единственнымъ слѣдомъ и внѣшнимъ условіемъ назначенія наказанія является такая же запись въ штрафныя книги, какъ и установленная для каторжныхъ. Такимъ образомъ, все зависитъ отъ усмотрѣнія должностныхъ лицъ и отъ того толкованія карательныхъ правилъ, которое благоугодно будетъ дать ближайшему начальству поселенца; этимъ начальствомъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ является волостной старшина или полицейскій приставъ[5]). И все-таки постановленныя въ этомъ исключительно-суммарномъ порядкѣ рѣшенія административныхъ властей по дѣламъ о «маловажныхъ преступленіяхъ и проступкахъ» поселенцевъ имѣютъ, по разъясненію сената, одинаковое съ судебными приговорами значеніе при разрѣшеніи вопроса о повтореніи преступныхъ дѣяній[6]).

Что касается примѣненія наказанія розгами ссыльно-поселенцевъ по приговору суда, то, во-первыхъ, къ нему «приговариваются изобличенные въ перемѣнѣ имени», соединенной съ маловажнымъ преступленіемъ или проступкомъ на основаніяхъ, схожихъ съ тѣми, которыя установлены для каторжныхъ: ихъ сперва наказываютъ розгами, а затѣмъ обращаютъ въ работу на заводъ до 1 года или заключаютъ въ исправительныя арестантскія отдѣленія либо въ тюрьму до 2 лѣтъ[7]). Во вторыхъ, винов-

---

[1]) Пп. 1—5 ст. 274 Уст. о ссыльн.
[2]) Тамъ же, ст. 239.
[3]) Тамъ же, стт. 241 и 246.
[4]) Цирк. мин. вн. дѣлъ 1906 г., № 7648.
[5]) Неудачно построенный заборъ (какъ «нерадѣніе къ домообзаводству»), 1—2 выпитыхъ рюмки вина или запальчивый споръ (какъ «нетрезвое или буйное поведеніе»), смѣлое осуществленіе своего права (какъ «своевольство») и т. п. ничтожные поводы легко могутъ послужить для примѣненія къ ссыльно-поселенцу наказанія розгами по волѣ этого «начальства».
[6]) Рѣш. угол. кас. деп. 19/III 1902 г., № 32, по общ. вопросамъ.
[7]) Ст. 264 § III п. 5 Уст. о ссыльн.

Digitized by Google

ные въ первомъ побѣгѣ въ предѣлахъ Сибири и вмѣстѣ съ тѣмъ въ одномъ изъ маловажныхъ преступныхъ дѣяній, также наказываются розгами по приговору суда; но въ этомъ случаѣ розги могутъ быть замѣняемы однимъ изъ другихъ дисциплинарныхъ взысканій [1]). Примѣненіе розогъ въ послѣднемъ случаѣ допущено закономъ въ видѣ изъятія изъ общаго правила, по которому вообще при совокупности побѣга и маловажныхъ преступленій слѣдуетъ наказаніе по суду за побѣгъ. Чѣмъ вызвано такое исключеніе, — совершенно неясно изъ текста закона, тѣмъ болѣе, что при совершеніи побѣговъ внѣ предѣловъ Сибири или при 2-мъ и 3-мъ побѣгахъ въ Сибири же наказаніе розгами не назначается. Въ изданіяхъ устава о ссыльныхъ 1890 и 1906 годовъ мы находимъ то же постановленіе [2]), и это можетъ служить единственнымъ объясненіемъ происхожденія такого страннаго правила: видимо, оно сохранилось случайно при послѣдней кодификаціи 1909 года, какъ одинъ изъ недосмотровъ, какъ одна изъ другихъ непослѣдовательностей устава.

Относительно замѣны наказанія розгами для ссыльныхъ женщинъ, а также для престарѣлыхъ и увѣчныхъ мужчинъ должно замѣтить, что поселенцы поставлены въ худшія условія, чѣмъ каторжные: въ то время, какъ maximum наказанія въ этомъ случаѣ для дряхлаго каторжнаго или женщины — 10 сутокъ одиночнаго заключенія, такіе же ссыльно поселенцы могутъ быть отданы на 1 годъ въ работу на заводъ или заключены въ исправительныя арестантскія отдѣленія или тюрьму на срокъ до 2 лѣтъ [3]). За то въ отношеніи сложной процедуры освидѣтельствованія наказываемаго розгами на предметъ освобожденія его по болѣзни или слабости отъ экзекуціи уставъ опять уравниваетъ поселенцевъ съ каторжными [4]).

За этими изъятіями и примѣняется ко всѣмъ остальнымъ ссыльнопоселенцамъ на основаніи приведенныхъ выше правилъ наказаніе розгами безотносительно къ правамъ ихъ на освобожденіе отъ тѣлесныхъ наказаній до осужденія ихъ въ ссылку и независимо отъ того преступленія, за которое они были осуждены. Этотъ общеуравнительный порядокъ наказуемости ссыльныхъ издавна слиш-

---

[1]) Тамъ же, п. 2, «б».

[2]) Ст. 445 въ изд. 1890 г. гласитъ о плетяхъ для ссыльныхъ за побѣги во многихъ случаяхъ, а въ изд. 1906 г., на основаніи закона 2/VI 1903 г. — упоминались уже только розги и то въ этомъ единственномъ случаѣ.

[3]) II. I ст. 261 Уст. о ссыльн. по прод. 1909 г.

[4]) Ст. 280 относится какъ къ ссыльно-каторжнымъ, такъ и къ поселенцамъ, ибо говоритъ вообще о «подвергаемомъ наказанію розгами» по уставу о ссыльныхъ.

Digitized by Google

комъ прочно былъ усвоенъ административною властью, такъ какъ потребовалось спеціальное разъясненіе сената, указывающее, что лица, сосланныя въ порядкѣ административномъ, а не по суду, не должны быть подвергаемы наказанію розгами [1]). По другому разъясненію сената, поселенцы, переведенные въ разрядъ неспособныхъ къ физическому труду или помѣщенные въ заведенія общественнаго призрѣнія, могутъ быть наказываемы розгами только по приговору суда, а не полицейскимъ начальствомъ [2]). Не менѣе характернымъ для той же практики начальственнаго усмотрѣнія въ области карательной дѣятельности является запретъ, содержащійся въ общей тюремной инструкціи 1912 года, налагать тѣ же наказанія «на членовъ семействъ ссыльныхъ и пересыльныхъ арестантовъ, слѣдующихъ за ними» [3]).

Наличность подобнаго рода разъясненій краснорѣчивѣе всякихъ цифръ (статистическихъ данныхъ о наказаніи розгами главное тюремное управленіе не публикуетъ) говоритъ о фактическихъ предѣлахъ примѣненія розогъ къ ссыльнымъ на почвѣ нашего дѣйствующаго права.

3. Для лицъ, осужденныхъ въ исправительныя арестантскія отдѣленія, дѣйствующій законъ сохраняетъ наказаніе розгами до 50 ударовъ въ качествѣ высшаго дисциплинарнаго взысканія «за нарушеніе внутренняго порядка въ болѣе важныхъ случаяхъ», назначаемаго взамѣнъ мѣсячнаго ареста въ карцерѣ и примѣняемаго не ко всѣмъ арестантамъ этой категоріи, а лишь къ тѣмъ, которые до своего осужденія принадлежали къ разрядамъ населенія, не изъятымъ и до 1904 года отъ тѣлесныхъ наказаній [4]).

Такимъ образомъ, изъ 2 лицъ, совершившихъ одинаковый проступокъ въ одной и той же обстановкѣ, будетъ наказано розгами то, вина котораго усугубляется его происхожденіемъ отъ родителей, не попавшихъ въ привилегированный классъ до 1904 года. Подобнаго рода основаніе для наказуемости не можетъ быть названо иначе, какъ юридическимъ nonsens'омъ. Кромѣ того, точный смыслъ манифеста 11 августа 1904 года, отмѣнившаго тѣлесныя наказанія для всѣхъ полноправныхъ гражданъ, не оставлялъ сомнѣнія въ томъ, что разграниченіе россійскихъ подданныхъ на разряды «изъятыхъ» и «неизъятыхъ» отъ этихъ наказаній потеряло всякую силу и значеніе. Такъ и было это понято тогда и въ общей, и въ сне-

---

[1]) Рѣш. угол. кас. деп. 5/VI 1875 г., № 328.
[2]) Рѣш. общ. собр. 1 и кас. деп. 15/XII 1908 г., № 36.
[3]) Ст. 284.
[4]) Ст. 397 Уст. о сод. подъ стражею по прод. 1906 г.

Digitized by Google

ціальной юридической литературѣ[1]); но кодификація Устава о содержащихся подъ стражею и Уложенія о наказаніяхъ, предпринятая въ 1906 году, показала, что дѣйствующее право должно руководствоваться отмѣненными законами, и была создана особая категорія «лицъ, принадлежащихъ къ тѣмъ разрядамъ населенія, кои и до манифеста 11 августа 1904 года не были изъяты отъ наказаній тѣлесныхъ»; для этихъ лицъ и былъ сохраненъ въ законѣ цѣлый рядъ ограниченій въ правахъ[2]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ надлежитъ отмѣтить, что въ уставѣ и инструкціи нѣтъ указаній, какъ понимать «болѣе важные случаи» нарушенія порядка, и когда могутъ быть примѣняемы именно розги. Такимъ образомъ, и въ этомъ случаѣ рѣшеніе вопроса предоставлено усмотрѣнію начальства, при чемъ самое назначеніе наказанія розгами дѣлается по соглашенію начальника мѣста заключенія съ надлежащимъ лицомъ прокурорскаго надзора и тюремнымъ инспекторомъ съ утвержденія губернатора[3]). Основаніемъ для этого «соглашенія,» какъ сказано въ общей тюремной инструкціи, является не производство какого-либо дознанія или разслѣдованія, а мотивированное постановленіе смотрителя тюрьмы. Затѣмъ, если наказаніе розгами будетъ назначено, подлежащій ему арестантъ свидѣтельствуется тюремнымъ врачомъ, по заключенію котораго розги могутъ быть замѣнены инымъ дисциплинарнымъ взысканіемъ. Если же присоединить сюда обычную запись наказанія въ штрафную книгу и правило о томъ, что тѣлесное наказаніе содержащимся въ больницѣ не можетъ быть вообще назначено безъ согласія врача, то вотъ и всѣ постановленія дѣйствующаго права относительно розогъ въ арестантскихъ отдѣленіяхъ[4]). Изъ нихъ видно, что здѣсь наказанія розгами практикуются въ меньшихъ предѣлахъ, чѣмъ на каторгѣ и въ ссылкѣ, но если принять во вниманіе: 1) что льгота освобожденія отъ тѣлесныхъ наказаній, распространяемая въ Россіи съ XVIII вѣка, до 1904 года не коснулась еще и половины гражданъ нашего отечества; 2) что большинство преступленій, караемыхъ именно отдачею въ исправительныя арестантскія отдѣленія, какъ разъ совершается людьми непривиле-

---

[1]) См., напримѣръ, статьи В. А. Мякотина, К. Берманскаго и М. М. Боровитинова въ журналѣ «Право» за 1904 годъ (стран. 1727—32, 2059—62 и 3441—48).

[2]) Кромѣ наказаній розгами и наложенія кандаловъ, о чемъ идетъ рѣчь въ настоящ. очеркѣ, для этихъ лицъ установлены: особый порядокъ отбыванія ареста (ст. 56 улож. о нак.), излишнія ограниченія въ правахъ по освобожденіи изъ арестантскихъ отдѣленій (ст. 46[1]) и замѣна тюрьмою исключенія изъ службы (ст. 87).

[3]) Ст. 400 Уст. сод. стр.

[4]) Стт. 271—273 и 278 инструкціи и ст. 403 Уст. сод. стр.

Digitized by Google

гированныхъ разрядовъ, и 3) что исправительныя арестантскія отдѣленія (имѣющія быть въ неизвѣстномъ будущемъ передѣланными въ «исправительные дома» по недѣйствующему до сихъ поръ уголовному уложенію 1903 г.) — самое частое наказаніе изъ числа соединенныхъ съ праволишеніями по Уложенію о наказаніяхъ, особенно послѣ отмѣны ссылки на житье, — то приходится притти къ заключенію о томъ, что область примѣненія розогъ въ этихъ отдѣленіяхъ вовсе не мала. Послѣднему обстоятельству способствуетъ и то, что, какъ показываетъ практика [1]), тюремному начальству не представляется затрудненій исходатайствовать у подлежащихъ властей санкцію на исполненіе экзекуціи. Кромѣ того, наше законодательство XX вѣка рядомъ съ ограниченіемъ области примѣненія розогъ установило и нѣкоторыя правила, расширяющія эту сферу: по закону 23 мая 1901 года розги могутъ быть назначаемы не только во время пребыванія осужденныхъ въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ, но и въ то время, когда эти лица до отправленія ихъ къ мѣсту назначенія содержатся въ тюрьмахъ общаго устройства [2]).

Что касается случаевъ замѣны розогъ иными наказаніями, то Уставъ о содержащихся подъ стражею умалчиваетъ о нихъ, и на основаніи сказаннаго выше — участь дряхлыхъ мужчинъ находится цѣликомъ въ рукахъ тюремныхъ врачей; относительно же женщинъ находимъ въ Уложеніи о наказаніяхъ категорическій запретъ подвергать ихъ экзекуціи [3]). За то во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, по Уставу, примѣненіе розогъ влечетъ за собою eo ipso новое наказаніе для арестанта: наказанный тѣлесно болѣе 2 разъ можетъ быть перечисленъ въ отрядъ исправляющихся не ранѣе какъ черезъ 2 года послѣ послѣдняго раза [4]). На этомъ основаніи легко можетъ случиться, что все время своего пребыванія въ отдѣленіи заключенный такъ и не воспользуется законной льготой перевода въ число исправляющихся, хотя бы его поведеніе, кромѣ 3 случаевъ, окончившихся (по волѣ начальства и благодаря непринадлежности его предковъ къ привилегированнымъ классамъ) наказаніемъ розгами, было безупречно. Такое уже, такъ сказать, трехстепенное наказываніе, установленное въ законѣ категорически и безо всякихъ оговорокъ, казалось бы, вовсе непослѣдовательно отягчаетъ и безъ того нелегкое положеніе арестанта.

---

[1]) Немирскій, Назв. соч., стран. 32. Боровитиновъ, Назв. соч., стран. 34—43.
[2]) Ст. 401 Уст. о сод. стр. по прод. 1906.
[3]) Ст. 2 прилож. 1 къ ст. 30 Улож. о нак. по прод. 1910 г.
[4]) Ст. 320.

Digitized by Google

4. Примѣненіе розогъ въ качествѣ дисциплинарнаго взысканія къ нижнимъ чинамъ арміи и флота, содержащимся въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ, основывается на томъ же разграниченіи осужденныхъ по принадлежности ихъ къ разрядамъ лицъ «изъятыхъ» или «неизъятыхъ» отъ тѣлесныхъ наказаній до 1904 года. Въ отношеніи послѣднихъ въ дисциплинарныхъ частяхъ (батальонахъ, отдѣльныхъ ротахъ и командахъ) наказаніе розгами можетъ быть назначено до 100 ударовъ властью начальниковъ батальоновъ и отдѣльныхъ ротъ и до 30 ударовъ — ихъ ближайшими помощниками — ротными командирами и начальниками отдѣльныхъ командъ[1]). Въ военныхъ тюрьмахъ, которыя стоятъ на низшей ступени лѣстницы наказаній по военному и военно-морскому Уставамъ о наказаніяхъ, чѣмъ дисциплинарныя части, предѣльное число ударовъ — 50 — можетъ быть опредѣлено властью начальника тюрьмы и до 15 — его помощникомъ[2]). Вообще въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ это наказаніе назначается за совершенные при увеличивающихъ вину обстоятельствахъ проступки, не влекущіе за собою преданія суду, но вопросъ о признаніи наличности «увеличивающихъ обстоятельствъ» предоставленъ цѣликомъ и безо всякаго контроля усмотрѣнію начальства[3]). Правда, съ формальной стороны начальникъ связанъ, кромѣ записи наказанія въ журналъ взысканій[4]), еще двумя требованіями: во-первыхъ, наказаны розгами могутъ быть лишь тѣ заключенные, относительно коихъ въ осуждающихъ ихъ приговорахъ значится указаніе суда на возможность наказыванія ихъ розгами, а во-вторыхъ, о каждомъ случаѣ примѣненія розогъ должно быть объявлено въ приказѣ по заведенію съ изложеніемъ самаго проступка. Но первая формальность сводится лишь къ обязанности суда, приговаривающаго даннаго нижняго чина въ военно-тюремное заведеніе, разобраться въ вопросѣ о томъ, принадлежитъ ли онъ къ категоріи «изъятыхъ» отъ тѣлесныхъ наказаній или нѣтъ[5]), а вторая установлена исключительно въ цѣляхъ педагогическихъ, что видно изъ требованія «прочитывать приказъ всѣмъ заключеннымъ въ назиданіе»[6]).

Правила наказанія розгами заключенныхъ военно-тюремныхъ заведеній въ ихъ послѣдней редакціи (приказъ по военному вѣ-

---

[1]) Стт. 74 и 79 кн. XVII Св. Воен. Пост. 1869 г., изд. 3 (1907 г.) — «Заведенія военно-тюремныя».
[2]) Тамъ же, ст. 168.
[3]) Цирк. отзывъ гл. военно-суд. управл. 2/XI 1905 г., № 7420.
[4]) Ст. 89 устава дисциплинарнаго.
[5]) Приказъ по военн. вѣд. 30/VII 1904 г. № 461.
[6]) Циркуляръ главн. штаба 1900 г., № 279.

Digitized by Google

домству № 461) были изданы 30 іюля 1904 года, а черезъ 12 дней — 11 августа — былъ опубликованъ общій манифестъ, въ которомъ возглашено повелѣніе: «тѣлесныя наказанія, установленныя по закону за проступки для сельскихъ обывателей и инородцевъ, а также другихъ лицъ, не изъятыхъ отъ сихъ наказаній по правамъ состоянія или особымъ узаконеніямъ, отмѣнить и ихъ впредь такимъ наказаніямъ не подвергать»[1]). И если руководствоваться общими юридическими принципами и буквальнымъ смысломъ этого закона, то можно признать, что манифестъ 11 августа, какъ болѣе поздній, отмѣнилъ собою правила 30 іюля Но въ дѣйствительности такой отмѣны не произошло, такъ какъ законъ 30/VII, какъ спеціальный, не могъ быть отмѣненнымъ закономъ общимъ, и тѣлесныя наказанія сохранились для военнослужащихъ вопреки общему закону[2]).

Кромѣ того, эти наказанія противорѣчатъ общему правовому положенію лицъ, содержащихся въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ: какъ въ дисциплинарныя части, такъ и въ военныя тюрьмы приговариваются состоящіе на дѣйствительной военной службѣ нижніе чины только за спеціальныя воинскія преступныя дѣянія, не заключающія въ себѣ ничего позорящаго съ обще-гражданской и даже съ обще-уголовной точки зрѣнія[3]); законъ не устанавливаетъ для этихъ преступниковъ никакихъ правоограниченій послѣ военной службы и даже оставляетъ ихъ въ рядахъ арміи во время отбыванія ими наказанія[4]). Съ другой стороны, тотъ же законъ провозглашаетъ, что званіе солдата, какъ защитника родины, высоко и почетно[5]), и именно ради этого высокаго значенія воина предъявляетъ къ нему рядъ требованій относительно внѣшняго поведенія[6]). Тѣмъ же самымъ стремленіемъ «развить понятіе о воинской чести» у военнослужащихъ мотивирована была въ законѣ 30 іюля 1904 года отмѣна розогъ въ качествѣ дисциплинарной мѣры въ войскахъ для разряда штрафованныхъ. На такомъ же доводѣ было основано правило, по которому еще при существованіи розогъ, какъ наказанія по приговорамъ волостныхъ судовъ, лица, отбывшія воинскую повинность, освобожда-

---

[1]) Собр. Узак. 1904 г., № 1323, I, ст. I.

[2]) Проф. кн. С. А. Друцкой, Лекціи по военно-уголовному праву, в. IV, 1909 г., стран. 179.

[3]) Какъ, напр., нарушенія караульной службы, неповиновеніе, отказъ отъ исполненія нѣкоторыхъ обязанностей по убѣжденію и т. п.

[4]) Стт. 50—52 Воинскаго уст. о наказ. (кн. XXII Свод. Военн. Пост. 1869 г., изд. 3 по прод. 1907 г.).

[5]) Ст. 4 Уст. дисциплинарнаго.

[6]) Отд. I Уст. внутр. службы 1910 г.

Digitized by Google

лись навсегда отъ этой карательной мѣры [1]). Наконецъ, самое обоснованіе примѣненія розогъ къ военнослужащимъ на признакѣ принадлежности къ извѣстному сословію и вообще къ привилегированному классу неправильно при системѣ комплектованія арміи по принципу всеобщей повинности; неправильно это обоснованіе и потому, что по нашему закону военная служба даетъ извѣстныя права, а не наоборотъ [2]).

Такимъ образомъ, существованіе наказанія розгами въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ, гдѣ съ точки зрѣнія дѣйствующаго же военнаго права необходимо поддерживать и развивать въ солдатѣ чувство чести, никакимъ образомъ не можетъ быть оправдано.

Подводя итогъ обозрѣнію приведенныхъ выше правилъ современнаго русскаго законодательства относительно условій и сферы примѣненія наказанія розгами, приходится притти къ выводу, что постановленія нашего права по этому вопросу не только не смягчаютъ извѣстныхъ всѣмъ отрицательныхъ свойствъ этого наказанія [3]), но и сами по себѣ въ высокой степени несовершенны съ юридической точки зрѣнія. Давно осужденное въ наукѣ и публицистикѣ, приводящее къ пагубнымъ результатамъ на практикѣ и не оправдывающее надеждъ его сторонниковъ [4]), наказаніе розгами сохраняется у насъ какъ бы по недоразумѣнію, и если производятся въ послѣднее время нѣкоторыя попытки упроченія его въ нашемъ законодательствѣ [5]), то эти же попытки, надо надѣяться, послужатъ поводомъ къ окончательному упраздненію розги, какъ не имѣющей болѣе никакого вѣскаго основанія оставаться въ русскихъ законахъ.

ГЛАВА II.

Оковы, наручники и связки.

Извѣстные намъ изъ исторіи различные мучительные способы заковыванія и приковыванія преступниковъ (колодки, цѣпи, лисичка, прутъ, ошейники, сковываніе по два, приковываніе

[1]) Ст. 102 Общ. Полож. о крестьянахъ, изд. 1879 г.

[2]) Проф. В. Д. Кузьминъ-Караваевъ, Ученіе о воинскомъ наказаніи. С.-Пб. 1903 г., стран. 15—16.

[3]) Тимофеевъ, Назв. соч., стран. 89 и сл. Таганцевъ, Назв. соч., стран. 1138—1141. А. Кистяковскій, Назв. соч., стран. 801 и сл.

[4]) Эти положенія вполнѣ обоснованы въ литературѣ, упомянутой выше.

[5]) Проектъ преобразованія каторги на основахъ, выработанныхъ въ 1910 г. комиссіей Хрулева, внесенный въ Госуд. Думу въ 1911 г., предполагаетъ сохранить розги для каторжныхъ, а по проекту мин. юстиціи въ 1913 г. предполагается ввести ихъ же для наказанія за такъ наз. «хулиганскіе проступки».

Digitized by Google

къ стѣнѣ, стулу, тачкѣ и т. п.) выродились постепенно, по мѣрѣ общаго смягченія карательной системы, въ примѣняемые и въ настоящее время по русскому праву оковы (или кандалы), наручники и связки. Эти пріемы обращенія съ наказываемымъ обычно разсматриваются въ связи съ системами лишенія свободы, къ которымъ они служатъ дополненіемъ [1]). Однако, съ точки зрѣнія, установленной въ началѣ настоящаго очерка, всѣ способы законнаго причиненія физическихъ страданій наказываемому путемъ наложенія на его тѣло постороннихъ предметовъ, надлежитъ отнести къ тѣлеснымъ наказаніямъ, и вотъ почему: 1) лицу, заковываемому въ кандалы того или иного вида, несомнѣнно причиняются физическія страданія и отъ безчисленныхъ мелкихъ ударовъ по тѣлу при ношеніи ихъ, и отъ всегдашняго ограниченія привычныхъ и необходимыхъ для правильной жизни организма движеній (кромѣ мѣстныхъ раздраженій и поврежденій конечностей, нарушается правильность кровообращенія); 2) какими бы мотивами ни руководствовался законодатель, устанавливая этотъ пріемъ воздѣйствія на осужденнаго, онъ не можетъ не дѣлать это сознательно, т.-е. зная, что кандалы причиняютъ физическія страданія, назначать ихъ или не вычеркивать изъ кодекса; 3) по большей части эта мѣра является именно карой за преступныя дѣянія то въ видѣ дополнительнаго наказанія, то въ качествѣ дисциплинарнаго взысканія, и если ее примѣняютъ также и въ цѣляхъ предупрежденія, то изъ-за этого нельзя вычеркивать ее изъ разряда тѣлесныхъ наказаній; наконецъ, 4) въ самомъ законѣ мы находимъ категорическое признаніе того, что «заключеніе въ оковы» есть тѣлесное наказаніе [2]).

По дѣйствующему русскому праву, кандалы или оковы [3]) примѣняются и для отягченія участи осужденныхъ въ качествѣ наказанія добавочнаго, и въ видѣ самостоятельной кары за проступки

---

[1]) Сергѣевскій, Наказаніе въ русскомъ правѣ XVII в., 1887 г., глава III. Фойницкій, Ученіе о наказаніи 1889 г. Дриль, Ссылка во Франціи и Россіи, 1898 г. Филипповъ, О наказаніи по закон. Петра Вел., 1891 г.

[2]) Ст. 1 прилож. 1 къ ст. 30 Улож. о наказ. и ст. 409 Уст. о сод. подъ стражею.

[3]) Въ законѣ эти термины не различаются и потому должны быть употребляемы съ одинаковымъ значеніемъ: терминъ «оковы» лишь болѣе старый. — Сущность этого наказанія состоитъ въ томъ, что на руки (выше кисти) и на ноги (выше щиколки) надѣваются плоскія кольца (обручи) шириною въ $^3/_4$ вершка и толщиною около $^1/_4$ дюйма съ заклепками и мочками, къ которымъ прикрѣплены желѣзныя же цѣпи, дающія возможность разводить конечности на $^3/_4$ аршина. Ножныя цѣпи прикрѣплены ремнемъ къ поясу. Подъ обручи ножныхъ кандаловъ одѣты кожаные подкандальники. Вѣсъ кандаловъ отъ 5—$5^1/_2$ ф. (Ст. 408 Уст. о сод. подъ стражею и Высоч. утв. постановленіе совѣта министровъ 23/V 1901). Обручи, цѣпи и подкандальники называются также «арестантскими укрѣпленіями».

Digitized by Google

по приговору суда и по постановленію тюремнаго начальства, а, кромѣ того, и въ качествѣ способа воспрепятствованія побѣгу арестантовъ.

1. Въ первомъ отношеніи оковы присоединяются къ наказанію каторгой и, по общему правилу, носятся каторжными въ теченіе всего періода пребыванія ихъ въ отрядѣ испытуемыхъ (отъ 8 лѣтъ до 1 года въ зависимости отъ сроковъ основного наказанія), при чемъ безсрочные содержатся въ ручныхъ и ножныхъ, срочные — въ однихъ ножныхъ оковахъ[1]). Эта мѣра «усиленія наказанія», какъ называетъ оковы законъ, является, такимъ образомъ, непосредственнымъ слѣдствіемъ судебнаго приговора и приводится въ исполненіе, какъ только послѣдній окончательно вступитъ въ законную силу [2]), а данный каторжный будетъ освидѣтельствованъ и зарегистрированъ въ установленномъ порядкѣ [3]).

По окончаніи сроковъ «испытанія» оковы снимаются съ каторжныхъ, но не иначе, какъ на основаніи представленія тюремнаго начальства о томъ, что данныя лица заслуживаютъ перевода въ отрядъ исправляющихся, такъ какъ подаютъ «надежду на исправленіе доказательствами покорности, воздержности, опрятности и трудолюбія». И лишь «по строгомъ разсмотрѣніи» этихъ свѣдѣній происходитъ это перечисленіе, при чемъ «объ этомъ объявляется въ присутствіи мѣстнаго высшаго начальства и приглашеннаго къ тому духовнаго лица (?), которое при семъ случаѣ объясняетъ важность даруемаго облегченія и обязанность употребить всевозможное стараніе, чтобы сдѣлаться вполнѣ достойными сей милости правительства» [4]). Но и послѣ этого торжественнаго акта кандалы могутъ быть опять надѣты на каторжныхъ властью тюремнаго инспектора, во-первыхъ, при обратномъ переводѣ въ отрядъ испытуемыхъ на срокъ до 4 лѣтъ [5]), и, во-вторыхъ, безъ такого перевода, но и безъ обозначенія срока ношенія кандаловъ [6]). Такимъ образомъ, нѣкоторые носятъ кандалы въ теченіе всего своего пребыванія на каторгѣ.

Въ такомъ же порядкѣ оказанія исключительной льготы кандалы могутъ быть снимаемы съ тѣхъ каторжныхъ, которые отличились хорошимъ поведеніемъ въ теченіе $^2/_3$ сроковъ испытанія,

---

[1]) Стт. 91 и 94 Уст. о ссыльн. по прод. 1909 г.
[2]) Примѣч. I къ ст. 407 Уст. о сод. подъ стражею.
[3]) См. ст. 15, 29 и 117. Наставленія о порядкѣ освидѣт. ссыльныхъ.
[4]) Стт. 96 и 97 Уст. о ссыльн. — Выраженіе «милость правительства», здѣсь, конечно, совершенно неумѣстно, такъ какъ при хорошемъ поведеніи арестанта начальство обязано его освободить отъ оковъ.
[5]) Тамъ же, п. 4 ст. 240.
[6]) Цирк. гл. тюр. управл. 1905 г., № 375 («Тюр. Вѣстн.» 1905 г., № 6.)

Digitized by Google

но тогда представленіе разрѣшается властью генералъ-губернатора или губернатора, которымъ предоставляется также право снятія оковъ съ каторжныхъ, не могущихъ носить оковы вслѣдствіе органическихъ недостатковъ или увѣчья [1]): здѣсь вопросъ разрѣшается исключительно канцелярской перепиской.

И только въ тѣхъ случаяхъ, когда кандалы мѣшаютъ работать, они могутъ быть снимаемы по распоряженію начальника тюрьмы, но лишь на время производства этихъ работъ [2]). Правда, каторгѣ извѣстны случаи, когда снятіе оковъ было устанавливаемо на время опредѣленныхъ работъ и болѣе высшимъ начальствомъ[3]), но эти случаи объяснялись стремленіемъ повысить во что бы то ни стало качество подневольнаго труда каторжанъ; при обыкновенныхъ же условіяхъ, когда не требуется ни особеннаго расположенія каторжныхъ къ изобрѣтаемой для нихъ работѣ, ни бо́льшаго успѣха ея, кандалы снимаются лишь тогда, если по самому характеру труда является необходимость въ быстрыхъ движеніяхъ (напр., распиливаніе лѣса, перелѣзаніе при постройкахъ и т. п.).

Наконецъ, оковы снимаются при тяжкихъ и изнурительныхъ болѣзняхъ, когда врачомъ будетъ «удостовѣрено, что дѣйствіе ихъ угрожаетъ больному опасностью или вредомъ»; но и здѣсь даже по отношенію къ тяжело больнымъ, требующимъ коечнаго лѣченія, законъ не довѣряетъ врачамъ, а предоставляетъ рѣшить вопросъ о снятіи кандаловъ и о замѣнѣ ихъ усиленіемъ больничнаго надзора «подлежащему тюремному начальству»[4]). Между тѣмъ, конечно, можно назвать много такихъ болѣзней, которыя, не будучи еще ни тяжкими, ни изнурительными, требуютъ однако прежде всего, покоя, отдыха, а потому и снятія надоѣдливыхъ цѣпей съ рукъ и ногъ.

Внѣ этихъ случаевъ каторжные носятъ свои кандалы постоянно, при чемъ отъ этого наказанія не освобождены и женщины, приговоренныя къ каторгѣ безъ срока: онѣ заключаются въ ручныя и ножныя оковы, но облегченнаго вѣса («мелкозвонъ» по терминологіи каторги); на срочныхъ же женщинъ каторжныхъ надѣваются лишь ножныя оковы и только въ дисциплинарномъ порядкѣ[5]). Эти, казалось бы, относительно гуманныя правила, однако, не могутъ быть признаны правомѣрными. Дѣло въ томъ, что въ приложеніи 1 къ ст. 30 Уложенія о наказаніяхъ, трактующемъ о ли-

---

[1]) Пп. 3 и 4 ст. 95 Уст. о ссыльн.
[2]) Тамъ же, п. 1.
[3]) Положенія комитета Сибирск. жел. дор. 13/V 1898 г., 9/V 1895 г. и 11/II 1899 г.
[4]) П. 2 ст. 95 Уст. о ссыльн. и п. 18 цирк. гл. тюр. упр. 8/VII 1910 г., № 28.
[5]) Ст. 94 Уст. о ссыльн.

Digitized by Google

цахъ, изъятыхъ отъ розогъ и оковъ, содержится категорическое правило ст. 2: «лица женскаго пола вовсе изъяты отъ наказаній тѣлесныхъ». И если прочія правила этого приложенія не примѣняются въ отношеніи мужчинъ-каторжныхъ, какъ лишенныхъ по суду тѣхъ правъ, которыя освобождали ихъ отъ тѣлесныхъ наказаній, то все-таки нѣтъ никакихъ основаній не примѣнять ст. 2 этихъ правилъ къ женщинамъ, такъ какъ освобожденіе ихъ отъ тѣлесныхъ наказаній основывается на неотъемлемой у нихъ принадлежности къ «лицамъ женскаго пола».

Дряхлые мужчины (старше 60 лѣтъ) носятъ кандалы все время своего пребыванія на каторгѣ, но послѣднее для нихъ частью сокращается, и частью замѣняется болѣе строгимъ режимомъ поселенія, при чемъ максимальный срокъ собственно каторги для нихъ — 3 года съ ношеніемъ ручныхъ и ножныхъ оковъ, а минимальный — 1 годъ въ ножныхъ[1]). Законъ не предписываетъ для дряхлыхъ облегчать вѣсъ оковъ, но практика это допускаетъ[2]), и такое исполненіе строгаго закона нельзя не признать цѣлесообразнымъ: людямъ, уже неспособнымъ къ труду, всякія оковы должны казаться во много разъ тяжелѣе, чѣмъ молодымъ и здоровымъ. На основаніи свидѣтельства врача тюремный инспекторъ можетъ и вовсе освободить этихъ каторжныхъ отъ ношенія оковъ, но тогда это освобожденіе компенсируется увеличеніемъ сроковъ пребыванія дряхлыхъ въ тюрьмѣ[3]). По этому правилу выходитъ, что престарѣлый и слабый каторжный принужденъ отбывать усиленное наказаніе именно за то, что онъ настолько дряхлъ, что не въ силахъ носить кандалы.

2. Обращаясь къ наложенію оковъ въ качествѣ самостоятельнаго наказанія за преступленія и проступки каторжныхъ, слѣдуетъ замѣтить, что оно можетъ послѣдовать по отношенію къ освобожденнымъ уже отъ оковъ испытуемымъ, какъ по приговору суда — за преступленія, влекущія за собою по общимъ законамъ лишеніе всѣхъ особыхъ правъ, — такъ и по постановленію тюремнаго начальства — за маловажныя преступленія и проступки. Въ первомъ случаѣ, налагая оковы на каторжнаго до окончанія срока испытанія, судъ имѣетъ право, если этого времени остается менѣе 8 мѣсяцевъ, продлить послѣднее еще на 8 мѣсяцевъ[4]); во-второмъ — опредѣляющему эту мѣру «окончательно» тюремному инспектору предоставляется накладывать кандалы лишь

---

[1]) Тамъ же, ст. 120, ч. I.
[2]) Цирк. гл. тюр. упр. 1905 г., № 831.
[3]) Ч. 2 ст. 120 Уст. о ссыльн.
[4]) Тамъ же, ст. 252.

Digitized by Google

на время, остающееся до перевода наказываемаго въ отрядъ исправляющихся [1]).

Тому же начальству и за тѣ же проступки принадлежитъ право заключенія въ оковы каторжныхъ отряда исправляющихся на нѣсколько недѣль или мѣсяцевъ до 1 года [2]). Кромѣ того, наложеніе ножныхъ оковъ до 1 года служитъ для срочныхъ каторжныхъ женщинъ всѣхъ отрядовъ и категорій замѣною одиночнаго заключенія по приговору суда (безсрочныя отбываютъ это заключеніе, но въ половинномъ противъ мужчинъ размѣрѣ) [3]).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ законъ не указываетъ точно облагаемыхъ этой карой преступныхъ дѣяній, предоставляя и суду, и тюремному начальству широкій просторъ для усмотрѣнія. А такъ какъ никто и никогда не можетъ сказать, когда именно этотъ видъ тѣлеснаго наказанія будетъ умѣстенъ и цѣлесообразенъ, какому проступку и почему будетъ онъ соотвѣтствовать, то такой порядокъ, естественно, вноситъ большое разнообразіе въ рѣшеніе схожихъ юридическихъ казусовъ. Если же принять во вниманіе, что въ рукахъ тюремнаго начальства находится и переводъ изъ отряда исправляющихся въ отрядъ испытуемыхъ, и продленіе на годъ пребыванія каторжныхъ въ послѣднемъ, то картина получится еще болѣе полная: не надо ожидать исключительной обстановки, чтобы наблюдать самое частое заковываніе каторжныхъ въ кандалы и за незначительные проступки.

3. Не меньшій просторъ предоставляется усмотрѣнію тюремнаго начальства въ отношеніи примѣненія той же мѣры въ видѣ средства для воспрепятствованія побѣгу арестанта [4]). Законъ гласитъ, что «арестантъ, учинившій побѣгъ, а равно изобличенный въ покушеніи или приготовленіи къ побѣгу, можетъ быть заключенъ въ отдѣльную камеру и, сверхъ того, закованъ въ кандалы», если онъ не принадлежитъ къ тѣмъ категоріямъ арестантовъ, въ отношеніи коихъ эта мѣра не допускается [5]). Подъ «арестантами» уставъ разумѣетъ всѣхъ лицъ, содержащихся подъ стражею въ тюрьмахъ общаго устройства и исправительныхъ отдѣленіяхъ. И такъ какъ по дѣйствующимъ въ Россіи общимъ, особеннымъ и чрезвычайнымъ законамъ въ этомъ положеніи могутъ оказаться лица самыхъ различныхъ въ правовомъ отноше-

---

[1]) Тамъ же, ст. 240 и п. 2 ст. 275.
[2]) Тамъ же, п. 4б, ст. 240.
[3]) Тамъ же, ст. 261.
[4]) Непремѣнно заковываются лишь бѣглые ссыльные, задержанные на Китайской землѣ и препровождаемые для суда и наказанія въ ближайшій уѣздъ Сибири (ст. 267 Уст. о ссыльн.).
[5]) Ст. 407 Уст. о сод. подъ стражею.

Digitized by Google

ніи категорій [1]), то тотъ же уставъ подробно перечисляетъ разряды арестантовъ, на коихъ не могутъ быть наложены оковы; такимъ образомъ выясняется, что въ качествѣ способа воспрепятствованія побѣгу заключеніе въ оковы можетъ быть примѣняемо къ совершеннолѣтнимъ лицамъ мужского пола, не принадлежавшимъ до осужденія къ разряду изъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній ранѣе 1904 года, если они приговорены въ ссылку на поселеніе или къ отдачѣ въ исправительныя арестантскія отдѣленія, или же если они содержатся въ качествѣ подслѣдственныхъ, либо подсудимыхъ, которымъ грозитъ наказаніе, соединенное съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія [2]).

Мѣра эта приводится въ исполненіе по распоряженію начальника мѣста заключенія и не только не обставлена какими-либо гарантіями ради соблюденія правъ заключеннаго, но и не ограничена срокомъ. Послѣднее обстоятельство даже подтверждено особымъ распоряженіемъ мин. юстиціи, въ коемъ признается «нецѣлесообразнымъ установленіе срока пребыванія въ кандалахъ арестанта, однажды покусившагося на побѣгъ» [3]). Вмѣстѣ съ тѣмъ мы нигдѣ не находимъ хотя бы приблизительныхъ указаній на то, какіе признаки должны быть понимаемы тюремнымъ начальствомъ въ «покушеніи» и «приготовленіи» къ побѣгу; такимъ образомъ, рѣшеніе вопроса въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ полностью зависитъ отъ усмотрѣнія этого начальства.

Между тѣмъ, казалось бы, что не только приготовленіе, но и покушеніе на побѣгъ при современныхъ требованіяхъ, предъявляемыхъ къ тюрьмамъ, должны бы вызвать со стороны тюремной администраціи не только болѣе гуманные, но и болѣе дѣйствительные способы воздѣйствія на арестанта: съ внѣшней стороны — усиленіе надзора, учащеніе повѣрокъ, переводъ въ другую камеру или въ общество другихъ арестантовъ, съ внутренней — отвлеченіе мыслей покушающагося на побѣгъ въ другую сторону, перемѣна работы, умственныя занятія и т. п. Къ тому же, какъ показываетъ практика, сами по себѣ кандалы не являются серьезнымъ препятствіемъ къ побѣгу [4]) и не удерживаютъ арестантовъ,

[1]) Перечень этихъ категорій доходитъ до 12, если принять во вниманіе содержаніе статей: 168 Уст. о сод. подъ стражею; 35 Полож. о земск. нач.; Прилож. къ ст. 205 Уст. пред. и пресѣч. прест. по прод. 1909 г. а равно и Полож. объ охранен. госуд. порядка, прилож. къ ст. 1 того же устава.

[2]) Стт. 408 и 409 Уст. о сод. подъ стражею.

[3]) См. примѣчаніе 4 къ ст. 407 того же устава въ комментированномъ изд. Рябчикова 1912 г.

[4]) Сообщенія о такихъ побѣгахъ и покушеніяхъ далеко не рѣдкій фактъ тюремной хроники: таковъ случай покушенія на побѣгъ 6 ссыльно-каторжныхъ изъ Бутырской тюрьмы въ Москвѣ весной 1913 г.; а въ Маріинской каторжной тюрьмѣ тѣ же кандалы не воспрепятствовали удавшемуся побѣгу 4 арестантовъ 4 сентября 1913 г.

Digitized by Google

которымъ удается преодолѣть всѣ остальные способы тюремнаго удержанія (замки, стражу и даже преслѣдованіе). Такое пониманіе второстепенной въ этомъ отношеніи роли кандаловъ, видимо, не чуждо высшей тюремной администраціи: главное тюремное управленіе въ своихъ циркулярахъ не упоминаетъ про кандалы ни при перечисленіи необходимыхъ по его мнѣнію мѣропріятій для предупрежденія побѣговъ[1]), ни въ тѣхъ случаяхъ, когда требуетъ доносить объ обстоятельствахъ уже совершившихся побѣговъ[2]), ни, наконецъ, въ тѣхъ перечняхъ особыхъ мѣръ, гдѣ указывается чуть ли не каждый шагъ тюремныхъ служащихъ для предупрежденія насильственнаго освобожденія арестантовъ[3]) и нападеній послѣднихъ на стражу[4]). Общая тюремная инструкція тоже предоставляетъ замѣнять оковы другими средствами предупрежденія побѣговъ, и лишь оговорка о томъ, что такая замѣна должна происходить подъ личной отвѣтственностью начальниковъ тюремъ[5]), связываетъ иниціативу послѣднихъ.

Все это, вмѣстѣ взятое, заставляетъ притти къ тому выводу, что спеціальный мотивъ примѣненія кандаловъ въ качествѣ предупредительной мѣры отходитъ на послѣдній планъ, а на первое мѣсто выступаетъ опять-таки карательное значеніе этого средства, тѣмъ болѣе, что и самый текстъ приведенной выше статьи говоритъ объ «учинившемъ» побѣгъ и объ «изобличенномъ» въ покушеніи или приготовленіи. Кандалы же, какъ тѣлесное наказаніе за побѣгъ, не могутъ быть признаны цѣлесообразными, такъ какъ они не могутъ ни устрашить будущихъ совершителей этого дѣянія (будущихъ мечтателей о свободѣ), ни оказать полезное воздѣйствіе на «изобличенныхъ» виновниковъ, такъ какъ область этого воздѣйствія и мотивы проступка находятся въ различныхъ плоскостяхъ.

Что касается той же мѣры въ отношеніи подсудимыхъ и подслѣдственныхъ, то съ точки зрѣнія общеизвѣстныхъ принциповъ уголовнаго права и процесса ее тоже нельзя одобрить, какъ значительное ухудшеніе положенія лицъ, не признанныхъ еще виновными въ какомъ-либо преступномъ дѣяніи и не могущихъ быть вознагражденными, въ случаѣ ихъ оправданія судомъ, за причиненныя имъ физическія страданія.

---

[1]) Цирк. гл. тюр. упр. 2/XI 1902 г. № 9 и цирк. мин. юстиціи 22/XI 1907 г., № 35.

[2]) Циркуляры гл. тюр. упр. 18/VII 1907 г., № 15, и 6/III 1901 г., № 4, и даже болѣе старый циркуляръ, на который ссылается послѣдній, — 15/I 1892 г., № 6, требуя подробнаго донесенія, не спрашиваютъ о томъ, были ли бѣжавшіе въ оковахъ.

[3]) Цирк. 22/IV 1906 г., № 7.

[4]) Цирк. 1/IX 1909 г., № 44.

[5]) Ст. 282 Общ. тюр. инстр. 1912 г.

Digitized by Google

4. Остается упомянуть про исключительное постановленіе нашего закона, ведущее свое начало отъ времени покоренія Кавказа и Закаспійской области: кромѣ перечисленныхъ выше случаевъ заключенія въ оковы, послѣднія могутъ быть надѣваемы въ губерніяхъ и областяхъ Закавказья и Закаспійской на всѣхъ лицъ, содержащихся подъ стражею «въ другихъ случаяхъ, когда эта мѣра признается необходимой, съ разрѣшенія уѣздныхъ начальниковъ». Законъ не поясняетъ, что должно разумѣть подъ этими «другими случаями», требуетъ только въ видахъ контроля отъ уѣздныхъ начальниковъ немедленнаго донесенія губернаторамъ и грозитъ привлеченіемъ за превышеніе власти при «неосновательности» закованія [1]). Такое расширеніе полномочій административной власти, можетъ быть, и считалось необходимымъ въ свое время, когда изъ центра смотрѣли на вновь завоеванныя области, какъ на такія земли, гдѣ никоимъ образомъ не могутъ быть вводимы общіе законы имперіи; можетъ быть, и находились тогда достаточныя оправданія для подобныхъ пріемовъ. Но теперь, наканунѣ распространенія на эти области всѣхъ обще-имперскихъ законовъ, конечно, невозможно изобрѣсти малѣйшее серьезное основаніе для сохраненія столь исключительнаго и архаическаго правила, какъ заковываніе въ кандалы всякаго арестанта по усмотрѣнію полномочнаго начальства.

5. Кромѣ заключенія въ оковы, нашему современному праву извѣстно еще надѣваніе наручниковъ (или «наручней») и связокъ. И тѣ, и другія представляютъ собою лишь разновидность ручныхъ кандаловъ, отличаясь отъ послѣднихъ тѣмъ, что соединеніе обручей съ цѣпями дѣлается не кузнечнымъ способомъ, а при помощи замка [2]).

По общему правилу, наручники надѣваются въ пути на тѣхъ изъ пересыльныхъ арестантовъ, которые могутъ быть заключены и въ оковы [3]). Но рядомъ съ этимъ постановленіемъ дѣйствуетъ правило другого характера: по уставу конвойной службы, «въ случаяхъ покушенія на побѣгъ, буйства, или неповиновенія распоряженію либо приказанію начальника конвоя, неисполненія законныхъ требованій конвоя, или иного важнаго нарушенія дисциплины или порядка, арестанты могутъ быть по распоряженію начальника конвоя подвергнуты наложенію наручниковъ или предупредительныхъ связокъ» [4]). Изъ текста этой статьи явствуетъ:

---

[1]) Примѣч. 2-е къ ст. 407 Уст. сод. стр.
[2]) Цирк. гл. тюр. уп. 7/IV 1907 г., № 7.
[3]) Ст. 410 Уст. сод. стр.
[4]) Ст. 188 Уст. конв. сл. 1907 г.

Digitized by Google

1) что начальникъ конвоя (большею частію, нижній чинъ) уполномоченъ надѣть наручники на арестантовъ всѣхъ категорій, а въ томъ числѣ и на тѣхъ, которые освобождены отъ заключенія въ кандалы, такъ какъ уставъ конвойной службы не знаетъ разграниченія «изъятыхъ» и «неизъятыхъ» отъ наручниковъ; 2) что тотъ же начальникъ конвоя облеченъ дисциплинарною властью въ отношеніи всѣхъ арестантовъ, обязанныхъ не только исполнять его «законныя требованія», но и «распоряженія либо приказанія», хотя бы они были незаконны; 3) что надѣваніе наручниковъ или связокъ имѣетъ своею цѣлью не только предупрежденіе побѣга, но и кару за нарушеніе порядка. Уставъ не поясняетъ, о какой «дисциплинѣ» здѣсь говорится, а такъ какъ начальникъ конвоя военнослужащій, то ясно, что онъ будетъ требовать отъ арестантовъ соблюденія воинской дисциплины. Къ тому же каждую партію сопровождаетъ въ походѣ подвода съ «арестантскими укрѣпленіями», т.-е. наручниками, и конвойнымъ запрещается складывать на эту подводу свои шинели и др. мелкія вещи, пока на ней есть наручники [1]). Такимъ образомъ, правила особеннаго закона, которыми обязаны руководствоваться чины конвоя (уставъ конвойной службы 1907 года изданъ въ порядкѣ ст. 96 Осн. Зак.), лишь подъ другимъ названіемъ «наручниковъ», но сохраняютъ кандалы для тѣхъ категорій арестантовъ, которыя по общему закону освобождены отъ этого наказанія. Что касается «связокъ», то существованіе ихъ въ этомъ уставѣ послѣ того, какъ Государственная Дума въ засѣданіи 22 мая 1907 года отвергла законъ, проведенный о нихъ въ порядкѣ ст. 87 Осн. Зак. [2]), является особенно неправомѣрнымъ.

6. Есть въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ еще одинъ способъ непосредственнаго воздѣйствія на арестанта, безусловно причиняющій послѣднему физическія страданія: смирительная рубашка, концы рукавовъ которой связываются на спинѣ, или смирительный поясъ, состоящій изъ ремней съ пряжками, нерѣдко замѣняемые на практикѣ простыми веревками. Примѣняется эта мѣра къ «буйствующимъ арестантамъ», подъ которыми законъ и тюремная практика разумѣетъ всѣхъ производящихъ безпорядокъ и требующихъ «усмиренія» лицъ, содержащихся подъ стражею гдѣ бы

---

[1]) Стт. 42, 43 и 48 Уст. о ссыльн. и стт. 50 и 244 Уст. конв. сл.

[2]) Выс. утв. положеніе совѣта министровъ 30/IX 1906 г. регулировало весьма подробно случаи надѣванія связокъ примѣнительно къ порядку, существующему для кандаловъ. Съ отмѣной этихъ правилъ, о чемъ главное тюр. управленіе извѣстило въ циркулярѣ 12/VI 1907 г., № 11, упоминаніе про связки сохранилось однако въ уставѣ конвойной службы, но безо всякихъ ограниченій сферы ихъ примѣненія.

Digitized by Google

то ни было [1]). По смыслу касающихся этого предмета постановленій, смирительная рубашка и замѣняющія ее приспособленія должны служить средствомъ обезвреживанія такого арестанта, на котораго не дѣйствуютъ никакіе иные способы успокоенія, какъ изоляція, уговоры, устраненіе предметовъ, могущихъ служить орудіями буйства, усиленіе надзора и т. п. Однако, мы не находимъ среди этихъ постановленій правила о томъ, что смирительная рубашка должна быть употребляема лишь въ крайнихъ случаяхъ, когда истощены болѣе гуманныя средства успокоенія [2]). Наоборотъ: отнесеніе этихъ правилъ къ главѣ о дисциплинарныхъ взысканіяхъ, съ одной стороны, и то широкое толкованіе, которое придается кассаціонной практикой понятію «буйство», [3]) съ другой стороны, даютъ возможность примѣнять эту мѣру въ качествѣ дисциплинарнаго взысканія за проступки. И тогда смирительная рубашка пріобрѣтаетъ характеръ тѣлеснаго наказанія: арестанту причиняются физическія страданія во время естественно возникающей борьбы при самомъ связываніи «буйствующаго», а затѣмъ, когда это приспособленіе бываетъ надѣто на тѣло арестанта, конечности его затекаютъ, правильность кровообращенія и дыханія нарушается, и естественныя отправленія организма пріостанавливаются.

Конечно, вполнѣ мыслимы въ тюремной практикѣ такіе случаи, когда въ интересахъ самого арестанта бываетъ необходимо связать его, но въ законѣ или инструкціи должны быть приведены соотвѣтствующія оговорки о томъ, что эта мѣра не есть наказаніе и примѣняется въ исключительныхъ случаяхъ, что принадлежности для связыванія должны быть мягкія и отнюдь не должны причинять связываемому физическія страданія (поэтому «поясъ» и веревка должны быть не только изъяты, но и категорически воспрещены).

Поэтому, обращаясь къ общей оцѣнкѣ мѣръ, перечисленныхъ въ настоящей главѣ, можно признать допустимою лишь смирительную рубашку въ видѣ предупредительной мѣры въ крайнихъ слу-

---

[1]) Ст. 396 Уст. о сод. подъ стражею; относительно примѣненія къ политич. преступникамъ — примѣчаніе къ той же статьѣ; о содержащихся при полиціи — разъясненіе гл. тюр. управл. по соглашенію съ департ. полиціи — опубликов. въ «Тюр. Вѣстн.» 1895 г., № 2, стран. 108. Общій порядокъ примѣненія указанъ въ ст. 276 тюр. инструкціи 1912 г.

[2]) Даже въ правилахъ препровожденія душевно больныхъ арестантовъ говорится, что «фельдшеръ, препровождающій ихъ, снабжается тюремнымъ начальствомъ смирительною рубашкою или замѣняющими ее приспособленіями, а въ случаѣ надобности и медикаментами» (п. 12 Правилъ 11/VI 1903 г.).

[3]) Сюда относятся не только ссоры, драки, бросаніе предметовъ, поврежденіе оконъ и дверей, но и перебранка, пѣніе пѣсенъ, крики, оскорбленія, споръ съ начальствомъ и вообще дѣйствія, нарушающія порядокъ и спокойствіе (Рѣш. угол. кассац. деп. сен. 1889 г. № 31, 1900 г. № 5, рѣш. гл. воен. суда 1896 г., № 63, 1907 г., № 83 и др.).

Digitized by Google

чаяхъ, и то при условіи соотвѣтствующихъ измѣненій въ законодательствѣ. Что касается кандаловъ и ихъ разновидностей (наручниковъ и связокъ), то они не цѣлесообразны въ качествѣ способа предупрежденія побѣговъ, какъ сказано было выше, а потому не могутъ быть признаны цѣлесообразными и въ качествѣ общей предупредительной мѣры отъ совершенія преступныхъ дѣяній, которымъ помѣшать сами по себѣ они не могутъ. Въ видѣ самостоятельнаго наказанія за преступленія и проступки кандалы также не выдерживаютъ критики: какъ и всякое тѣлесное наказаніе, они въ высшей степени неравномѣрно дѣйствуютъ на наказываемыхъ; причиняя физическія страданія, они пагубно вліяютъ и на психику заковываемыхъ, либо угнетая, либо озлобляя ихъ; наконецъ, неустранимый позорящій элементъ этого наказанія препятствуетъ созданію и упроченію въ наказанныхъ стимула исправленія. По тѣмъ же мотивамъ кандалы несостоятельны и въ качествѣ способа усиленія основного наказанія. И если уже законодательство стало на путь избавленія отъ оковъ нѣкоторыхъ группъ населенія, то, не желая игнорировать современнаго правосознанія, требующаго равенства всѣхъ передъ уголовнымъ закономъ, оно обязано исключить это наказаніе изъ дѣйствующаго кодекса и для остальныхъ гражданъ, тѣмъ болѣе, что постановленія этого кодекса, какъ было отмѣчено выше, весьма несовершенны сами по себѣ, какъ представляющія слишкомъ широкое поле для усмотрѣнія административной власти и лишающія арестантовъ примитивныхъ правовыхъ гарантій.

ГЛАВА III.

Физическія лишенія.

Разсматривая сохранившіяся въ русскомъ правѣ тѣлесныя наказанія въ послѣдовательности, убывающей по интенсивности и непосредственности причиненія физическихъ страданій наказываемому, отъ розогъ и кандаловъ надлежитъ перейти къ тѣмъ карательнымъ средствамъ, которыя представляютъ собою спеціальныя физическія лишенія, препятствующія нормальной жизни человѣческаго организма. Послѣдній признакъ является присущимъ и тѣмъ тѣлеснымъ наказаніямъ, когда страданія причиняются путемъ наложенія на тѣло наказываемаго посторонннихъ предметовъ, но этотъ элементъ — скорѣе слѣдствіе, чѣмъ цѣль только что раз-

Digitized by Google

смотрѣнныхъ видовъ тѣлесныхъ наказаній: при наложеніи кандаловъ тѣ или иныя лишенія, отражающіяся на дальнѣйшей жизни организма, появляются уже какъ бы сами собою, — какъ второстепенный результатъ. Между тѣмъ, въ нашемъ же правѣ содержится еще цѣлый рядъ такихъ наказаній, когда именно физическія лишенія служатъ непосредственной цѣлью извѣстныхъ воздѣйствій карательной власти. Сюда надлежитъ отнести: 1) постановку «подъ ружье», 2) ограниченіе въ пищѣ и питьѣ, 3) лишеніе свѣта, 4) ограниченіе въ пользованіи свѣжимъ воздухомъ, 5) содержаніе въ температурѣ ниже нормы и 6) лишеніе подстилки[1]). Наказанія этого ряда, назначаемыя за преступныя дѣянія отчасти по приговору суда, отчасти въ дисциплинарномъ порядкѣ, характеризуются тѣмъ, что они не доставляютъ наказываемому острой физической боли, а разсчитаны законодателемъ именно на длительность воздѣйствія ихъ на организмъ, чѣмъ и причиняютъ физическія страданія.

1. Постановка подъ ружье — одно изъ наказаній, налагаемыхъ на нижнихъ воинскихъ чиновъ вслѣдствіе судебнаго приговора или властью начальства. По общему правилу, оно назначается въ тѣхъ случаяхъ, когда содержаніе наказываемаго подъ арестомъ окажется невозможнымъ по квартирнымъ условіямъ или вслѣдствіе переполненія карцеровъ и гауптвахтъ. Вольноопредѣляющіеся, а равно и тѣ изъ жеребьевыхъ, которые пользуются по правамъ образованія сокращенными сроками службы, взамѣнъ простого ареста ставятся подъ ружье за каждый день на одинъ часъ. Остальные рядовые и ефрейторы взамѣнъ простого ареста назначаются на хозяйственныя работы по командѣ, взамѣнъ строгаго ареста — ставятся подъ ружье за каждый день по 2 часа, а вмѣсто ареста усиленнаго — два раза въ день по 2 часа[2]). Такимъ образомъ, вмѣсто простого ареста можетъ быть назначено отстоять подъ ружьемъ по 1 часу въ день въ теченіе 30 дней, вмѣсто строгаго двадцать дней по 2 часа и вмѣсто усиленнаго 8 дней по 4 часа въ день[3]).

На практикѣ строевое начальство нерѣдко примѣняетъ постановку подъ ружье и при наличности свободныхъ карцеровъ, глав-

---

[1]) Физическая работа, а равно нѣкоторые неустановленные въ законѣ, но практикуемые кое-гдѣ способы тѣлеснаго наказанія (какъ, напр., занятія гимнастикой за проступки до переутомленія и т. п.) не включены сюда, какъ не подходящіе подъ данное въ началѣ настоящаго очерка опредѣленіе понятія тѣлеснаго наказанія.

[2]) Стт. 19 и 20 Устава дисциплинарнаго (кн. XXIII Свод. Воен. Пост. 1869 г., изд. 3—1907 г.) и цирк. гл. штаба 1891 г., № 219.

[3]) Тамъ же, стт. 13 и 74.

Digitized by Google

нымъ образомъ, потому, что у многихъ начальниковъ давно сложилось отрицательное отношеніе къ аресту, какъ наказанію. Бездѣлье, которому предаются арестованные, возможность взаимнаго дурного вліянія (вслѣдствіе недостатка карцеровъ, подслѣдственные и подсудимые нерѣдко содержатся вмѣстѣ съ наказанными по суду и въ дисциплинарномъ порядкѣ)[1]), нежеланіе начальства лишать роту или команду иногда необходимаго работника, сложный формальный порядокъ выпуска и отправленія подъ арестъ: все это, вмѣстѣ взятое, заставляетъ искать наказаніе болѣе кратковременное и могущее быть исполненнымъ немедленно, болѣе простую, но достаточно интенсивную мѣру воздѣйствія на провинившагося. Такимъ наказаніемъ какъ разъ и является постановка подъ ружье, — наказаніе быстрое, дешевое, легко исполнимое и достаточно чувствительное, т.-е. обладающее именно всѣми, такъ называемыми «положительными» сторонами тѣлесныхъ наказаній вообще. Поэтому, когда въ цѣляхъ интенсивности прохожденія солдатской науки бываетъ необходимо экономить время, приказы по военному вѣдомству прямо предписываютъ замѣнять арестъ во всѣхъ случаяхъ постановкой подъ ружье, т.-е. не только при наказываніи въ порядкѣ дисциплинарномъ, но и при исполненіи начальствомъ приговора суда, назначившаго данному нижнему чину какой-либо видъ ареста[2]).

Самое наказаніе заключается въ томъ, что нижній чинъ долженъ сперва одѣть на себя всѣ принадлежности полной боевой походной аммуниціи, взять на плечо винтовку и, имѣя на себѣ 72 фунта разнаго груза, стать на указанное ему мѣсто, а затѣмъ, не сходя съ мѣста, не двигаясь и лишь поворачивая голову для отданія чести, пребывать въ напряженномъ состояніи, опредѣленномъ въ строевомъ уставѣ, послѣ команды «смирно»[3]). Мѣстомъ для стоянія наказываемыхъ избирается обыкновенно такое, гдѣ или начальники ихъ, или спеціально предупрежденные объ этой обязанности дневальные могли бы наблюдать за тѣмъ, чтобы наказанный не отставлялъ ноги, не опускалъ штыка, не прислонялся, не двигался, не садился и не разговаривалъ съ проходящими.

Такое положеніе наказаннаго солдата не можетъ не быть мучительнымъ въ физическомъ отношеніи: уже одно неподвижное выстаиваніе часами на одномъ мѣстѣ достаточно тяжело, какъ неестественное положеніе бодрствующаго человѣка; если же къ этому

---

[1]) Проф. А. С. Лыкошинъ, Уставъ дисциплинарный 1908 г., стран. 8.

[2]) Напр., во время учебныхъ сборовъ ратниковъ ополченія — § 7 инструкціи, прилож. къ прик. по военн. вѣд. 1892 г., № 30.

[3]) Стт. 19 и 77 Уст. дисципл.; относит. снаряженія — прилож. IV, § 1—22 къ уставу строев. пѣх. службы 1910 г.

Digitized by Google

прибавить все походное боевое снаряженіе и вооруженіе, гдѣ каждая вещь черезъ 20—30 минутъ послѣ начала отбыванія наказанія начинаетъ казаться вѣсящей вдвое, то нельзя не назвать этого наказанія истязаніемъ. Правда, ношеніе походнаго снаряженія должно быть привычнымъ для солдата. Но, во-первыхъ, полное снаряженіе въ обстановкѣ мирнаго времени солдатъ надѣваетъ весьма рѣдко (смотры, маневры), нося обычно во время ученья не болѣе одной четверти всѣхъ полагающихся на военное время вещей, а въ караульной службѣ и при большинствѣ упражненій ограничиваясь шинелью и патронными сумками; во-вторыхъ, на походѣ и вообще при движеніяхъ, всѣ предметы снаряженія пригоняются каждымъ то чуть-чуть выше, то ниже, то въ сторону отъ общепринятыхъ мѣстъ, и идущій постепенно приспособляется къ носкѣ этихъ вещей во время самаго похода; въ-третьихъ, когда снаряженіе надѣто въ качествѣ наказанія, оно просто-таки кажется солдату тяжелѣе, такъ какъ его вниманіе поневолѣ сосредоточивается на его ощущеніяхъ, а не развлекается, какъ на походѣ.

Кромѣ того, мы нигдѣ не находимъ указаній относительно запрещенія посторонними проходить мимо наказаннаго, почему въ условіяхъ войсковой дѣйствительности постановка подъ ружье обращается въ своеобразное выставленіе у позорнаго столба и, какъ таковое, оказываетъ подавляющее вліяніе на психику наказаннаго.

2. Ограниченіе въ пищѣ и питьѣ, по нашему закону, примѣняется по суду въ качествѣ главнаго и въ качествѣ замѣняющаго наказанія, а также и въ видѣ дисциплинарнаго взысканія по распоряженію административной власти.

Въ качествѣ наказанія главнаго это физическое лишеніе, формулируемое закономъ, какъ «строгій арестъ», подъ которымъ разумѣется содержаніе на хлѣбѣ и водѣ, опредѣляется по приговору волостного суда. Въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, по «временнымъ» правиламъ, дѣйствующимъ съ нѣкоторыми измѣненіями еще съ 1861 года, это наказаніе можетъ быть назначено на срокъ до 30 дней за проступки, караемые для лицъ, неподсудныхъ волостнымъ судамъ, обыкновеннымъ арестомъ по уставу о наказаніяхъ [1]). Въ мѣстностяхъ Европейской Россіи, гдѣ земскихъ начальниковъ не введено, то же содержаніе на хлѣбѣ и водѣ можетъ быть опредѣляемо волостнымъ судомъ на срокъ до 7 дней за проступки, особо перечисленные

---

[1]) Стт. 143 и 148 Общ. Полож. о крестьянахъ по прод. 1906 г. и циркулярное разъясненіе Мин. Вн. Дѣлъ 22 IX 1903 г., № 26138.

Digitized by Google

въ десяти изъ неотмѣненныхъ статей существующаго до сихъ поръ для этихъ судовъ сельскаго судебнаго устава 1839 года [1]).

Такимъ образомъ выходитъ, что за одинъ и тотъ же проступокъ лица, подсудныя волостнымъ судамъ, будутъ подвергнуты такому наказанію, которое не можетъ не оказать отрицательнаго вліянія на ихъ здоровье, а лица, этому суду не подсудныя, не испытаютъ на себѣ подобнаго вліянія. Исключительность этого наказанія, хранящаго на себѣ несомнѣнный слѣдъ крѣпостного права [2]), становится еще болѣе замѣтной, если мы обратимъ вниманіе на отсутствіе «содержанія на хлѣбѣ и водѣ» въ числѣ карательныхъ мѣръ, примѣняемыхъ волостными судами Прибалтійскаго края и Сибири, а также сельскими судами Закавказья [3]). Указъ 5 октября 1906 года отмѣнилъ, какъ извѣстно, отдачу въ общественную работу и наказанія крестьянъ за проступки, не караемые для лицъ иныхъ сословій, но имъ было сохранено на прежнихъ основаніяхъ содержаніе на хлѣбѣ и водѣ, исключенное изъ карательныхъ мѣръ только по закону о преобразованіи мѣстнаго суда 15 іюня 1912 года. Однако, пока этотъ законъ не распространился еще на всю Европейскую Россію, было бы необходимо ради уголовно-правового уравненія крестьянъ съ остальными гражданами отмѣнить это исключительное наказаніе и ранѣе введенія новаго закона, такъ какъ ни въ условіяхъ крестьянскаго быта, ни въ послѣдствіяхъ примѣненія этой кары нельзя найти какихъ-либо основаній для ея сохраненія. Въ качествѣ наказанія замѣняющаго, содержаніе на хлѣбѣ и водѣ назначается вмѣсто одиночнаго заключенія въ военной тюрьмѣ для нижнихъ воинскихъ чиновъ въ мѣстностяхъ, гдѣ не устроено военныхъ тюремъ, или когда въ послѣднихъ нѣтъ свободныхъ мѣстъ. Срокъ этого наказанія опредѣляется судомъ, приговаривающимъ даннаго нижняго чина къ заключенію въ военной тюрьмѣ, въ соотвѣтствіи со срокомъ послѣдняго на случай «необходимой» замѣны и можетъ быть отъ 21 до 56 дней (т.-е. отъ 3 до 8 недѣль); при этомъ содержаніе на хлѣбѣ и водѣ въ теченіе 3 недѣль приравнивается 1 мѣсяцу военной тюрьмы, а такое же содержаніе въ теченіе 8 недѣль — 4 мѣсяцамъ той же тюрьмы [4]).

Правда, въ этомъ случаѣ подвергнутый принудительному голоданію солдатъ, получаетъ не только хлѣбъ и воду (какъ крестьянинъ,

---

[1]) Прилож. къ ст. 164 Общ. Полож. о крестьянахъ по прод. 1906 г.

[2]) Подобно многимъ постановленіямъ Общаго Положенія о крестьянахъ, ведущаго свое происхожденіе отъ Положенія 1861 года.

[3]) Стт. 431 и 482 Общаго Положенія.

[4]) Ст. 59 Воинск. уст. о наказ. по прод. 1907 г. и приложенныя къ ней «Временныя правила о замѣнѣ одиночн. заключенія въ воинск. тюрьмѣ», дѣйствующія съ 1875 года до настоящаго времени; сюда же относятся рѣшенія гл. военн. суда 1898 г., № 85 и 1908 г., № 23.

Digitized by Google

наказанный по приговору волостного суда), но и соль, и чай, а черезъ 2 дня въ третій даже горячую пищу[1]); однако, и въ такомъ видѣ эта діэта для нижняго чина, привыкшаго къ ежедневному питательному столу, не можетъ не отразиться на организмѣ его и справедливо почитается въ войскахъ тѣлеснымъ наказаніемъ; косвенное подтвержденіе этой оцѣнки находимъ въ нѣсколькихъ руководящихъ рѣшеніяхъ главнаго военнаго суда, признающаго, что, когда одиночное заключеніе въ военной тюрьмѣ замѣнено содержаніемъ на хлѣбѣ и водѣ, наказаніе розгами уже не должно имѣть мѣста по отношенію къ осужденнымъ на такую замѣну[2]). Въ этомъ же разъясненіи легко замѣтить вполнѣ основательное признаніе неоднородности замѣняющаго и главнаго наказанія въ этомъ случаѣ: если бы пребываніе въ военной тюрьмѣ замѣнялось хотя бы сокращеннымъ соотвѣтственно заключеніемъ въ дисциплинарномъ батальонѣ или увеличеннымъ срокомъ содержанія на гауптвахтѣ, то такая замѣна могла бы быть названа правильной, основанія же для проведенія знака равенства между какой-либо формой лишенія свободы и причиненіемъ физическихъ страданій, мнѣ кажется, найти невозможно.

Наконецъ, когда ограниченіе въ пищѣ и питьѣ примѣняется въ качествѣ дисциплинарнаго взысканія за маловажные проступки, то оно назначается властью административною на основаніяхъ, видныхъ изъ слѣдующей таблицы:

По отношенію къ кому примѣняется.	Наибольшій срокъ (сутки).	Какая дается пища.	Статьи законовъ.
Къ каторжнымъ во время одиночнаго заключенія:		Горячая пища выдается черезъ 3 дня въ 4-ый; а ежедневно — хлѣбъ и вода.	Стт. 240, 275 и 277 Уст. о ссыльн.
безсрочнымъ	20		
срочнымъ.	10		
Къ нижнимъ чинамъ арміи и флота, а равно къ заключеннымъ въ военно-тюремныхъ заведеніяхъ:		Горячая пища — черезъ 2 дня въ 3-й; ежедневно — хлѣбъ, вода и соль; при строгомъ и чай.	Ст. 74 Уст. дисциплин. и стт. 74—168 Зав. воен.-Тюрем.
при строгомъ арестѣ .	20		
при усиленномъ » .	8		
Къ арестантамъ тюремъ общаго устройства и исправит. отдѣленій . .	3	Уменьшеніе пищи до оставленія на хлѣбѣ и водѣ.	Ст. 395 Уст. о сод. подъ стр.
Къ несостоятельнымъ должникамъ, когда они содержатся въ тюрьмахъ . .	2	Хлѣбъ и вода.	Прилож. къ п. 2 ст. 278 того же Уст.

[1]) Примѣч. 1-ое къ прилож. II къ ст. 59 Воинск. уст. о наказ.
[2]) Рѣш. 1906 г., № 42 и 1909 г., № 47.

Digitized by Google

Такимъ образомъ, кромѣ послѣднихъ двухъ случаевъ, когда это наказаніе является самостоятельнымъ, оно служитъ для усиленія одиночнаго заключенія; вообще же это уменьшенное питаніе примѣняется именно тогда, когда и безъ него силы человѣка подвергнуты ослабленію благодаря воздѣйствію основного наказанія (каторги, тюрьмы или ареста) черезъ психику на его организмъ, а иногда и непосредственно на послѣдній. По окончаніи отбыванія основного наказанія каждому данному человѣку придется вступить въ обыденную жизнь — борьбу, гдѣ ему необходимы крѣпкія силы, чтобы опять не попасть на путь преступленія. Съ этой точки зрѣнія всякое умышленное ослабленіе силъ наказываемаго, а въ томъ числѣ и ограниченіе въ удовлетвореніи столь насущной потребности, какъ питаніе [1]), должно быть почитаемо нежелательнымъ.

Другое дѣло, когда, ограничивая наказываемаго въ пищѣ и питьѣ, лицо, обладающее дисциплинарною властью, лишаетъ его не того питанія, которое признается необходимымъ для всѣхъ, а нѣкотораго добавка, получаемаго въ видѣ льготы или извѣстнаго комфорта; таковы, напр., по уставу о содержащихся подъ стражею, иныя дисциплинарныя взысканія того же порядка: воспрещеніе арестанту пріобрѣтать на свои деньги съѣстные припасы до 1 мѣс., лишеніе права распоряжаться своими заработками и т. п. [2]). Подобныя наказанія за проступки, равно какъ и срочное лишеніе иныхъ, нематеріальныхъ льготъ, можно думать, способны оказать положительное вліяніе на наказаннаго.

3. Лишеніе свѣта извѣстно нашему праву и въ видѣ кары судебной и въ качествѣ взысканія дисциплинарнаго, при чемъ въ первомъ отношеніи оно можетъ быть слѣдствіемъ приговора лишь военнаго суда. Для всѣхъ нижнихъ чиновъ это наказаніе опредѣляется судомъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ военно-уголовномъ кодексѣ за данное воинское преступленіе указано «взысканіе дисциплинарное», а судъ изберетъ именно усиленный арестъ [3]); послѣдній же тѣмъ и отличается отъ строгаго ареста, что наказанный содержится въ лишенномъ свѣта помѣщеніи; максимальный срокъ этого наказанія — 8 сутокъ [4]). Если же подсудимымъ является нижній чинъ,

---

[1]) Цифровыя данныя, приводимыя спеціалистами по гигіенѣ питанія человѣка и характеризующія относительное значеніе различныхъ питательныхъ веществъ, убѣждаютъ съ несомнѣнностью въ томъ, что уменьшеніе пищи, доходящее до содержанія на хлѣбѣ и водѣ (хотя бы и съ перерывами для горячей пищи), ведетъ къ ослабленію организма (см., напр., А. С. Догель, Гигіена, 1903 г., стран. 53—57; д-ръ В. Канель, Гигіена, 1908 г., страницы 267—277).

[2]) Ст. 395 и прилож. къ п. 2 ст. 278.

[3]) Стт. 7, 96, 101, 151, 161, 171 и др. Воинск. Уст. о наказ.

[4]) Ст. 74 Устава дисциплин.

Digitized by Google

уже содержащійся въ дисциплинарной части, то за воинское же преступное дѣяніе, помимо продленія срока пребыванія въ дисциплинарной части, онъ можетъ быть приговоренъ къ содержанію въ карцерѣ отъ 1 до 4 мѣсяцевъ и въ теченіе этого срока можетъ быть лишаемъ свѣта 8 разъ на срокъ по 8 дней и съ недѣльными промежутками, въ продолженіе которыхъ онъ пользуется дневнымъ свѣтомъ [1]).

Въ видѣ дисциплинарнаго взысканія за проступки лишеніе свѣта примѣняется на слѣдующихъ основаніяхъ:

Кто можетъ быть наказанъ.	Наибольшій срокъ (сутки).	Порядокъ лишенія свѣта.	Статьи законовъ.
Содержащіеся въ исправительн. арест. отдѣленіяхъ.	30	Съ переводомъ въ свѣтлый карцеръ черезъ три дня въ четвертый.	Ст. 397 Уст. о содержащ. подъ страж.
Нижніе воинскіе чины, не имѣющіе унтеръ-офицерскаго званія, а равно и заключенные въ военно-тюр. завед.	8	Безъ перерыва.	Ст. 74 Уст. дисципл. Стт. 74 и 168 Зав. воен. тюр.
Всѣ арестанты, содержащіеся въ тюрьмахъ общаго устройства	7	Съ переводомъ въ свѣтлый карцеръ черезъ три дня въ четвертый.	Ст. 395 Уст. о содерж. подъ страж.
Подслѣдственные и подсудимые по дѣламъ политическимъ, содержащіеся при полиціи	7	Безъ перерыва, но по соглашенію съ прокурскимъ надзоромъ.	Прим. къ ст. 396 того же Устава.
Несостоятельные должники въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ они подлежатъ содержанію въ тюрьмѣ. .	3 2	Безъ перерыва.	Прилож. къ п. 2 ст. 278 того же Устава.
Содержащіеся въ арестныхъ домахъ.	1		Ст. 144 того же Устава.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ лишеніе свѣта присоединяется къ содержанію въ карцерѣ и является такимъ образомъ мѣрою усиленія наказанія, назначеннаго въ порядкѣ административномъ. Дѣйствіе этого наказанія становится яснымъ, если принять во вниманіе роль свѣта въ жизни человѣческаго организма.

Какъ извѣстно, свѣтъ участвуетъ самымъ дѣятельнымъ образомъ въ біологическихъ и физіологическихъ процессахъ. Послѣ длиннаго ряда опытовъ современная наука считаетъ доказаннымъ фактъ,

[1]) Стт. 280 и 282 Воинск. уст. о наказ.

Digitized by Google

что дневной свѣтъ вообще, въ частности — солнечный усиливаетъ обмѣнъ веществъ, т.-е. увеличиваетъ поглощеніе кислорода извнѣ и выдѣленіе углекислоты изъ организма; возбуждая дѣятельность кожи, онъ способствуетъ кожному дыханію, благодаря чему выдѣляются конечные продукты обмѣна; дѣйствуя химически, свѣтъ улучшаетъ составъ крови, увеличивая количество гемоглобина, красныхъ шариковъ и бѣлыхъ тѣлецъ; наконецъ, свѣтъ же является вѣрнымъ бактеріо-убивающимъ (дезинфецирующимъ) средствомъ [1]).

И конечно, лишая человѣка дневного свѣта, этого могучаго жизненнаго фактора, наказывающій нарушаетъ правильность физіологическихъ процессовъ организма наказываемаго, такъ какъ пребываніе въ темнотѣ не только вызываетъ замедленіе этихъ процессовъ, но иногда создаетъ даже довольно рѣзкія физическія страданія, что доказывается рядомъ опытовъ, произведенныхъ спеціалистами-врачами [2]): обмѣнъ веществъ затрудняется, кожное дыханіе ослабляется, составъ крови ухудшается, дѣятельность вредныхъ микроорганизмовъ усиливается, а на этой почвѣ успѣшнѣе развиваются всякія болѣзни.

На основаніи всѣхъ этихъ данныхъ нельзя не отнести лишеніе свѣта къ категоріи тѣлесныхъ наказаній и не высказаться самымъ рѣшительнымъ образомъ за исключеніе этой кары изо всего законодательства нашего, подобно тому, какъ это уже сдѣлано въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ, содержимыхъ въ исправительно-воспитательныхъ учрежденіяхъ: въ Положеніи 1909 года не только не находимъ лишенія свѣта въ ряду дисциплинарныхъ мѣръ, но читаемъ категорическое запрещеніе помѣщать дѣтей въ темный карцеръ, равно какъ и наказывать ихъ розгами [3]). Въ такомъ одновременномъ упоминаніи про розги и лишеніе свѣта, равно какъ и въ томъ постановленіи дѣйствующаго закона, по которому арестъ въ темномъ карцерѣ можетъ быть замѣненъ наказаніемъ розгами для содержащихся въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ [4]), заключается признаніе законодателемъ однородности этихъ мѣръ, какъ причиняющихъ несомнѣнныя физическія страданія наказываемому, и это обстоятельство даетъ нѣкоторую надежду полагать, что при отмѣнѣ розогъ будетъ возбужденъ вопросъ и объ отмѣнѣ наказанія лишеніемъ свѣта.

---

[1]) Канель, назв. соч., стран. 180—182. Годневъ, Къ ученію о вліяніи солнечнаго свѣта на животныхъ. Каз., 1892 г., стран. 84 и слѣд. В. Б. Лапидусъ, Наблюденіе надъ лѣченіемъ физическими силами природы. Ялта, 1909 г., стран. 16—26.

[2]) См. опыты Эдварса, Молешота, Вуа, Платена, Финзена, Граффенберга, Штребеля и др., изложенные у Годнева и Лапидуса.

[3]) Прим. къ ст. 34 Положенія 19 апрѣля 1909 г.

[4]) Ч. 2 ст. 397 Уст. о сод. подъ стражею.

Digitized by Google

4. Ограниченіе въ пользованіи свѣжимъ воздухомъ является по нашему закону самостоятельнымъ наказаніемъ («лишеніе прогулокъ па срокъ до 7 дней»), примѣняемымъ лишь въ одномъ случаѣ, а именно—въ качествѣ дисциплинарной мѣры за проступки, совершенные несостоятельными должниками во время содержанія ихъ подъ стражею въ тѣхъ мѣстностяхъ, на которыя понынѣ распространяются правила о заключеніи въ тюрьму этихъ лицъ [1]). Кромѣ того, лишаются прогулокъ на свѣжемъ воздухѣ тѣ изъ арестантовъ тюремъ общаго устройства и исправительныхъ отдѣленій, которые наказаны заключеніемъ въ карцера (сроки указаны въ приведенныхъ выше двухъ таблицахъ) [2]).

То обстоятельство, что нигдѣ болѣе мы не находимъ въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ этого наказанія, избавляетъ отъ необходимости, подробнѣе останавливаться на этомъ вопросѣ: сознаніе важности чистаго воздуха для организма заключенныхъ, особенно въ условіяхъ современной тюремной жизни, когда въ большинствѣ тюремъ не удается предоставить каждому арестанту причитающуюся на его долю часть куб. содержанія воздуха (1, 14 куб. саж.), проглядываетъ въ соотвѣтствующихъ постановленіяхъ закона и общей тюремной инструкціи [3]).

Поэтому правила о наказываніи лишеніемъ прогулокъ на свѣжемъ воздухѣ, какъ противорѣчащія проявляемой законодателемъ заботѣ о соблюденіи въ тюрьмахъ основныхъ требованій гигіены и санитаріи, можно признать не болѣе, какъ однимъ изъ недосмотровъ дѣйствующаго права, унаслѣдовавшаго изъ прошлаго и этотъ способъ причиненія физическихъ страданій наказываемому.

5. Содержаніе въ температурѣ ниже нормы—наказаніе, лишь косвенно основанное на писанномъ правѣ, но широко практикующееся на основаніи упрочившагося обычая и извѣстное въ народѣ подъ терминомъ помѣщенія «въ холодную» [4]).

По закону, помѣщенія при волостныхъ правленіяхъ, гдѣ отбываютъ наказаніе арестомъ лица, подсудныя волостнымъ судамъ (по приговорамъ этихъ судовъ, а равно по распоряженію сельскихъ старостъ, волостныхъ старшинъ и земскихъ начальниковъ или замѣняющихъ ихъ должностныхъ лицъ), содержатся на счетъ

---

[1]) П. 2 прилож. къ ст. 278 того же устава.

[2]) Ст. 171 общ. тюр. инструкціи гласитъ лишь о прогулкахъ арестантовъ, содержащихся въ о б щ и х ъ камерахъ.

[3]) Таковы многія правила, устанавливающія порядокъ отправленія въ баню, провѣтриваніе и уборку помѣщенія, періодическіе осмотры врачомъ и т. п.

[4]) Е. И. Якушкинъ, Обычное право, в. II, стран. 112 и слѣд. Н. П. Дружининъ, Право и личность крестьянина, 1912 г., стран. 201—202.

Digitized by Google

крестьянскихъ обществъ[1]). Суммы, ассигнуемыя на этотъ предметъ, входятъ въ составъ мірскихъ повинностей; но такъ какъ первенствующее мѣсто при взысканіяхъ съ крестьянъ платежей и недоимокъ принадлежитъ государственнымъ и земскимъ сборамъ, то мірскія повинности всегда отходятъ на послѣдній планъ. Естественно, что будучи обременены другими платежами, крестьянскія общества ассигнуютъ на мірскія повинности минимальныя суммы, которыхъ часто не хватаетъ на надлежащее удовлетвореніе потребностей общественнаго крестьянскаго управленія; къ тому же и поступленіе этихъ суммъ происходитъ неправильно и туго. Поэтому очень часто для отопленія арестныхъ помѣщеній при волостяхъ не хватаетъ денежныхъ средствъ. Этому же положенію вещей способствуетъ и распространенное въ крестьянскомъ быту воззрѣніе, въ силу котораго отбывающій арестъ долженъ сидѣть именно «въ холодной».

Между тѣмъ, срокъ пребыванія въ этомъ помѣщеніи доходитъ, по закону до 30 сутокъ, и столь длительное пребываніе въ неотапливаемомъ или плохо отапливаемомъ въ зимнее время помѣщеніи (большею частію нежилая изба, сарай или амбаръ при волости) оказываетъ самое губительное вліяніе на здоровье арестованнаго[2]).

Новый законъ о преобразованіи мѣстнаго суда, возлагающій расходы по содержанію волостныхъ судовъ на государственное казначейство[3]), не касается вопроса о содержаніи арестованныхъ при волостяхъ. Однако слѣдуетъ признать, что только полное устраненіе порядка, при которомъ возможно причиненіе наказаннымъ такого мучительства, можетъ изъять изъ употребленія и изгладить изъ памяти народной обычай сажать арестованныхъ «въ холодную».

6. Лишеніе подстилки (или «сонъ на голыхъ нарахъ») извѣстно нашему дѣйствующему праву какъ въ видѣ главнаго, такъ и добавочнаго наказанія: во-первыхъ, оно является самостоятельнымъ дисциплинарнымъ взысканіемъ для заключенныхъ въ военныхъ тюрьмахъ и назначается въ этомъ случаѣ за мелкіе проступки «на болѣе или менѣе продолжительное время», какъ гласитъ законъ, т.-е. по усмотрѣнію начальства можетъ продолжаться въ теченіе всѣхъ 4 мѣсяцевъ одиночнаго заключенія въ военной тюрьмѣ[4]); во-вторыхъ, лишеніе подстилки входитъ составнымъ элементомъ въ наказаніе арестомъ во всѣхъ его видахъ (простого, строгаго

---

[1]) П. 1 ст. 361 Общ. Полож. о крестьянахъ по прод. 1906 г., цирк. Министерства Вн. Дѣлъ, 21 февраля 1903 г., № 6 и 15 іюля 1905 г., № 28.
[2]) Якушкинъ, Матеріалы, т. II.
[3]) Ст. 15 Временныхъ правилъ о вол. судѣ, по зак. 15 іюня 1912 г.
[4]) П. 1 ст. 167, кн. XVII Св. В. Постан., по прод. 1907 г.

Digitized by Google

и усиленнаго) для низшихъ воинскихъ чиновъ, какъ по приговору суда, такъ и въ дисциплинарномъ порядкѣ [1]).

Между тѣмъ, по ночамъ, вслѣдствіе отсутствія дневного свѣта, поддерживающаго усиленный обмѣнъ веществъ въ организмѣ, а равно вслѣдствіе того, что человѣкъ спитъ и не двигается, его тѣло вырабатываетъ значительно меньше тепла, чѣмъ днемъ. Разстегивая, если не снимая, свое платье для болѣе полнаго отдыха, человѣкъ во время сна нуждается въ посторонней защитѣ отъ охлажденія его тѣла извнѣ и потому съ дѣтства привыкаетъ имѣть въ это время, если не постель, то хоть какую-нибудь подстилку, которая способствуетъ сохраненію нормальной температуры и охраняетъ тѣло отъ нарушенія правильности кровообращенія, проистекающей отъ жесткости ложа [2]).

Поэтому лишеніе подстилки, какъ посягательство на нормальный и необходимый для человѣческаго организма ночной отдыхъ, не можетъ не отражаться вреднымъ образомъ на здоровьѣ наказаннаго, и съ этой точки зрѣнія подлежитъ исключенію изъ военнаго кодекса, тѣмъ болѣе, что внѣ военнаго быта этотъ видъ тѣлесныхъ наказаній закономъ не установленъ.

Какъ видно изъ разсмотрѣнія правилъ относительно назначенія спеціальныхъ физическихъ лишеній въ качествѣ того или иного вида наказаній, всѣ эти постановленія носятъ печать безсистемности, отрывочности и случайности сохраненія ихъ въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ; другой характерной чертой ихъ является глубокое довѣріе законодателя къ посителямъ административной власти, по усмотрѣнію которыхъ наказываемые могутъ быть лишаемы возможности удовлетворенія насущнѣйшихъ потребностей человѣческаго организма; наконецъ, сохраняя на неодинаковыхъ основаніяхъ для различныхъ группъ населенія эти физическія лишенія, могущія стать опаснымъ орудіемъ произвола исполнителей, законъ не считаетъ необходимымъ установить серьезныя гарантіи соблюденія правъ наказываемаго.

Что касается вопроса о цѣлесообразности спеціальныхъ физическихъ лишеній, какъ наказаній за преступныя дѣянія, то и изъ приведеннаго выше краткаго анализа ихъ послѣдствій явствуетъ, что къ нимъ въ полной мѣрѣ относятся общензвѣстные доводы противъ тѣлесныхъ наказаній вообще: они неравномѣрны, находясь въ зависимости отъ условій исполненія и отъ состоянія организма нака-

---

[1]) Ст. 74 Устава дисциплин.
[2]) Догель, назв. соч., стран. 102.

Digitized by Google

зываемаго; между этими лишеніями и тѣми проступками, за которые они могутъ быть назначены, невозможно установить какой-либо связи, которая бы заставляла прибѣгать именно къ этимъ наказаніямъ; оказывая вредное вліяніе на организмъ наказаннаго, а нерѣдко и разстраивая его здоровье, эти лишенія ослабляютъ силы человѣка, необходимыя ему въ жизненной борьбѣ хотя бы затѣмъ, чтобы послѣ отбытія наказанія устоять передъ новыми искушеніями; не создавая никакихъ стимуловъ для исправленія, физическія лишенія способны лишь озлобить человѣка, ихъ перенесшаго; наконецъ, устрашающее вліяніе этихъ наказаній также не можетъ служить причиной сохраненія ихъ въ кодексѣ, когда несомнѣнно установленъ уже фактъ отсутствія подобнаго значенія для преступниковъ и самыхъ жестокихъ тѣлесныхъ наказаній, и даже смертной казни.

Съ другой стороны, примѣненіе тѣлесныхъ наказаній во всѣхъ ихъ видахъ имѣетъ отрицательное значеніе и въ общегосударственномъ смыслѣ, такъ какъ оно препятствуетъ развитію и укрѣпленію среди гражданъ должнаго уваженія къ человѣческой личности, безъ чего невозможна нормальная правовая жизнь въ странѣ.

По всѣмъ этимъ основаніямъ[1]) надлежитъ притти къ выводу, что всякаго рода тѣлесныя наказанія подлежатъ полному исключенію изъ дѣйствующаго законодательства.

Б. Базилевъ.

---

[1]) Размѣры журнальной статьи не позволяютъ мнѣ анализировать съ большей полностью дѣйствующее русское законодательство по вопросу обо всѣхъ упомянутыхъ видахъ тѣлесныхъ наказаній, что будетъ мною исполнено въ имѣющей появиться въ свѣтъ работѣ.

Digitized by Google

Слѣды первобытныхъ представленій о природѣ и человѣкѣ въ исторіи гражданскаго права[1].

Связь правовыхъ явленій съ экономическими и религіозными давно обращала на себя вниманіе изслѣдователей. Изученіе взаимодѣйствія правовыхъ, религіозныхъ и экономическихъ явленій много дало и для исторіи и философіи права и для пониманія современнаго права.

Право, какъ часть установленнаго Богомъ или божествами порядка, жрецы, какъ истолкователи права, обращеніе къ божествамъ въ процессуальныхъ актахъ (суды Божіи) и при заключеніи сдѣлокъ (клятвы Геркулесомъ, на алтарѣ Венеры), казнь преступника, какъ жертва богамъ — все это факты, знакомые изъ исторіи римскаго, греческаго, еврейскаго и индусскаго права[2]). Съ успѣхами въ области исторіи, религіи и этнологіи понятіе религіознаго расширилось, стало означать не только вѣру въ боговъ или Бога, но и въ человѣкоподобныхъ духовъ, представляемыхъ по образу человѣческой души.

Ученіе о такихъ духахъ, управляющихъ человѣкомъ и природой, было разработано представителями анимистической теоріи (Тейлоръ и Спенсеръ). Послѣднія же работы въ этихъ областяхъ (конецъ XIX и начало XX вѣка) еще болѣе расширили это понятіе.

Вскрывается болѣе ранняя стадія вѣрованій, «преанимистическій періодъ», вѣрованій въ силы или бытія, разлитыя по всей природѣ, безличныя и въ то же время благодѣтельно или зловредно вліяющія на природу и людей[3]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ, новѣйшіе изслѣдователи сосредоточиваютъ вниманіе и на пріемы воздѣйствія дикарей на эти силы, пріемы,

---

[1]) Рефератъ, прочитанный въ Общемъ Собраніи Московскаго Юридическаго Общества 21 января 1913 года.

[2]) Cp. Frommhold, Über den Einfluss der Religion auf das Recht der Germanen. Greifswald, 1903 г.

[3]) Lévi-Bruhl, Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures. Paris 1910 г., стран. 108—109, 430.

Digitized by Google

во многомъ напоминающіе колдовскіе или магическіе, на первобытную технику жестовъ, заклинаній.

Изслѣдователи, какъ Фрезеръ, склонны даже были видѣть въ магіи первоначальную форму религіозныхъ представленій. Однако, этотъ односторонній взглядъ не встрѣчаетъ теперь большого сочувствія.

Безличныя силы, которыхъ изслѣдователи обыкновенно называютъ маланезійскимъ словомъ mana (мѣстный терминъ, обозначающій такія силы), такъ мало диференцированы отъ предметовъ матеріальнаго міра, являющихся носителями ихъ, такъ сливаются съ ними, что этотъ періодъ вѣрованій не отличается вообще отъ примитивной натурфилософіи, и, если говорить о связи этихъ вѣрованій съ правовыми представленіями, приходится говорить вообще о связи послѣднихъ съ примитивными представленіями о природѣ.

Но помимо представленій о силахъ, проникающихъ матеріальную природу, большое вліяніе на образованіе правовыхъ явленій оказали представленія первобытнаго человѣка объ умершемъ человѣкѣ и о его душѣ, на что было уже указано такими изслѣдователями, какъ Фрезеръ (Psyche's Task), Вестермаркъ (The origin and development of the moral ideas) и Wilutzky (Die Vorgeschichte des Rechts).

Задачей нашей статьи, которая, конечно, можетъ коснуться только главныхъ сторонъ вопроса, является прослѣдить вліяніе означенныхъ представленій на образованіе юридическихъ понятій и на развитіе правовой техники въ области гражданскаго права и процесса главныхъ европейскихъ народовъ.

Такимъ образомъ нашей цѣлью является изслѣдованіе источниковъ правовой психологіи европейскихъ народовъ.

Одна изъ яркихъ особенностей примитивной психологіи состоитъ въ томъ, что для нея границы субъективнаго и объективнаго міра не тѣ, что у культурнаго человѣка, то, что дикарь переживаетъ во снѣ, въ экстазѣ, въ бредовомъ состояніи, это для него то же дѣйствительность, какъ дѣйствительность объективнаго міра, или даже высшая дѣйствительность: встрѣчи во снѣ со знакомыми, разговоры съ ними, откровенія, получаемыя отъ предковъ, отъ божествъ. Это неразличеніе субъективныхъ переживаній отъ объективныхъ приводитъ къ тому, что первыя могутъ являться источникомъ послѣднихъ, стоять въ нимъ въ такомъ же причинномъ отношеніи, какъ два явленія объективной дѣйствительности. Такимъ образомъ задуманная дѣйствительность производитъ такую же реальную. Въ магическомъ заговорѣ одного Калифорнскаго племени божество «подумало»: пусть будетъ каменная чаша, и явилась

Digitized by Google

каменная чаша[1]). Невольно вспоминается разсказъ изъ «Майской Ночи» Гоголя о томъ, какъ хозяйка дома, злившаяся на то, что гость съѣлъ много галушекъ, подумала: «а чтобы ты подавился этими галушками», и гость сейчасъ же поперхнулся ѣдой и умеръ. Хозяйка даже и не выразила въ чемъ-либо своего желанія, а только почувствовала его и оно моментально обратилось въ дѣйствительность. Та же задуманная дѣйствительность, чѣмъ она интенсивнѣе переживается, тѣмъ, конечно, скорѣе находитъ себѣ выраженіе въ словѣ и жестѣ. Въ древне-русскомъ бытѣ наказывались угрозы и «похвальныя» рѣчи, если результатомъ ихъ была болѣзнь или смерть[2]). Нѣкая Дарьица хвастается: «оборочу де я ихъ (братьевъ Фурсовыхъ) вверхъ носомъ и будутъ де у меня въ четырехъ углахъ». И, дѣйствительно, слегли и умерли братья Фурсовы. Въ буддійскомъ ритуалѣ произнесеніе пожеланій, серьезно задуманныхъ, имѣетъ дѣйствительную силу[3]). Отсюда вліяніе слова и жеста въ заговорѣ и въ симпатической магіи. Въ заговорѣ рисуется картина, которой должна соотвѣтствовать задуманная и желаемая дѣйствительность, и производятся дѣйствія, напоминающія ту же дѣйствительность. Въ одномъ заговорѣ противъ лихорадки говорится о томъ, какъ Моисей, встрѣтивъ 12 дѣвицъ-плясуницъ (олицетвореніе лихорадки), грозитъ отсѣчь имъ голову и какъ онѣ, испуганныя, умоляютъ пощадить ихъ, обѣщая при этомъ не морить народъ[4]). Или, имущество лица, противъ котораго направленъ заговоръ, кладется подъ столбъ и говорится[5]): каковъ де тяжелъ столбъ, такъ де бы и попадьѣ (колдовство направлено противъ нея) было тяжело». Чтобы умертвить человѣка, сжигаютъ или прокалываютъ его изображеніе; чтобы вызвать дождь, роютъ прудъ, при чемъ мужчины квакаютъ, какъ лягушки передъ дождемъ, а женщины прикрываются листьями, какъ бы ограждаясь отъ дождя (такъ называемая подражательная магія. См. статью Лемана, помѣщенную въ «Kultur der Gegenwart», I, стран. 11, 3). Слова и дѣйствія и вообще представленія, имѣющія особое значеніе для жизни первобытнаго человѣка, мыслятся имъ въ видѣ личностей или матеріальныхъ предметовъ, имѣющихъ иногда таинственное вліяніе на людей и природу.

Болѣзнь — это злая личность (въ родѣ лихорадки въ народныхъ представленіяхъ) или щепка, которую колдунъ вынимаетъ изъ тѣла

---

[1]) Van Gennep, La formation des légendes, стран. 109.
[2]) Заговоръ и колдовство на Руси. Елеонская. «Русск. Арх.», 1912 г., № 4.
[3]) Die Kultur der Gegenwart, I, 3, стран. 189, статья de Groot'a.
[4]) Архивн. истор. и практ. свѣд., относ. до Россіи, Калачевъ, 1859 г. XIV.
[5]) «Русскій Архивъ», 1912 г., № 4.

Digitized by Google

больного. Грѣхъ, по представленіямъ древнихъ персовъ, это — почти физическая нечистота, которой можно заразиться напр. отъ прикосновенія къ трупу собаки и которая въ видѣ дьявола ползетъ по тѣлу человѣка.

Добрыя и злыя дѣянія переживаютъ человѣка, по представленіямъ индусовъ о кармапѣ, и возрождаются въ видѣ разныхъ существъ благородныхъ или низкихъ (воръ зеренъ возрождается въ крысу, воръ мяса — въ ястреба). Также по представленіямъ магометанъ въ судный день добрыя и злыя дѣянія человѣка взвѣшиваются на вѣсахъ и приговоръ зависитъ отъ того, которые поступки перетянутъ[1]). Но человѣческое слово въ этомъ отношеніи выдѣляется. У индусовъ слово Ведъ — это міровой принципъ, все поддерживающій и оживляющій: весь міръ собранъ въ трехъ Ведахъ и покоится на нихъ»[2]). Подобно слову Ведъ, у пифагорейцевъ число является основаніемъ міра.

Изъ этихъ примѣровъ видно, что не только высказанное, но и изображенное на бумагѣ слово имѣетъ таинственное значеніе. Надъ написаннымъ именемъ врача можно колдовать[3]). Такое представленіе о писанномъ словѣ нашло у многихъ народовъ себѣ выраженіе въ идеѣ о боговдохновенности священныхъ книгъ.

Изъ текста заговоровъ и заклинаній видно, что предусмотрѣнныя слова и дѣйствія должны совершаться въ извѣстномъ порядкѣ. Таковыя же свѣдѣнія мы имѣемъ о молитвахъ, которыя въ значительной мѣрѣ образовались изъ заговоровъ и заклинаній[4]). Молитва у магометанъ состоитъ изъ точно предписанныхъ тѣлесныхъ движеній и строго установленныхъ религіозныхъ формулъ. Малѣйшая ошибка въ словѣ или въ движеніи лишаетъ молитву ея значенія[5]). То же самое въ молитвѣ у древнихъ египтянъ: «вѣрныя слова, произнесенныя правильно, заставляютъ боговъ дѣлать требуемое»[6]). Изъ этихъ сообщеній видно, что и древнее заклинаніе и молитвы были строго упорядочены, принуждали боговъ къ опредѣленнымъ дѣйствіямъ и вліяли на природу въ опредѣленномъ направленіи.

Чтобы объяснить такую правильность въ ритуалѣ заговора и молитвы, надо припомнить, что, по сообщеніямъ изслѣдователей при-

---

[1]) Шантепи де ля Соссей, Исторія религій. Переводъ 1899 г., т. I, стран. 312.
[2]) Шантепи, т. II, стран. 12—13.
[3]) Леббокъ, Начала цивилизаціи. Перев. 1876 г., подъ ред. Коропчевскаго, стран. 177.
[4]) О связи заговора съ молитвой въ ассиро-вавилонскихъ религіяхъ. См. Die Kultur der Gegenwart, I, 3, стран. 46, у Египтянъ — Шантепи, I, стран. 166.
[5]) Шантепи, I, стран. 295.
[6]) Шантепи, I, стран. 166.

Digitized by Google

митивнаго быта и путешественниковъ[1]), на низшихъ ступеняхъ культуры замѣчается вѣра во всеобщее воодушевленіе. Всѣ части вселенной проникнуты таинственнымъ началомъ, являющимся то въ видѣ безличной силы, то въ видѣ необозримаго количества духовъ съ разными степенями индивидуализаціи[2]). Эти безличныя силы содержатъ въ себѣ извѣстный minimum антрономорфизаціи: имъ, правда, не приписывается психической индивидуальности, то, что мы называемъ душой, но приписываются отдѣльныя психическія проявленія, относящіяся, главнымъ образомъ, къ сферѣ волевыхъ актовъ. Извѣстный металлъ можетъ себя дать найти только извѣстнымъ лицамъ, сосудъ съ благовонными травами можетъ обидѣться, когда его ставятъ не на свое мѣсто, и повредитъ успѣху рыбной ловли. Сѣть можетъ подслушать разговоръ рыбака и передастъ его рыбамъ. Африканскій негръ бесѣдуетъ съ рѣкой, со своимъ оружіемъ, прося ихъ дѣйствовать въ полезномъ для него направленіи[3]) По вѣрованію дикарей эти безличныя силы и духи являются прямо зложелательными, ищущими всякаго повода нанести вредъ человѣку[4]). Отсюда боязнь произвести какое-либо, даже самое меньшее видоизмѣненіе во внѣшнемъ окружающемъ его мірѣ: нельзя вбить гвоздь въ стѣну, починить платье, переставить твердый предметъ, (вѣрованія китайцевъ), поправить домъ, замѣнить старую тропинку новой[5]), такъ какъ эти дѣйствія могутъ побезпокоить находящихся тамъ духовъ[6]),

Если слова и отдѣльныя дѣятельности человѣка представляются сущностями, какъ и другіе предметы внѣшняго міра, а проникновеніе слова таинственнымъ или божественнымъ началомъ прямо удостовѣрено (см. примѣры выше), то и они проникнуты тѣми же силами, личными и безличными, и нарушить порядокъ словъ или дѣйствій въ формальныхъ актахъ это значило бы побезпокоить духовъ или мистическія силы, тамъ находящіяся, навлечь ихъ нерасположеніе и свести на-нѣтъ дѣйствіе заговора, заклинанія или молитвъ. Этимъ, намъ кажется, можно объяснить неизмѣнность порядка словъ и дѣйствія въ формальномъ актѣ.

Отношеніе индивидуума къ союзу, къ семьѣ или къ клану примитивный человѣкъ мыслитъ гораздо тѣснѣе, чѣмъ современный. И это соотвѣтствуетъ тому, что и въ дѣйствительности въ тѣ

---

[1]) Эренрейхъ, Skeat, Алиса Флетчеръ, Krujt и др.

[2]) Durkheim, Les formes élémentaires de la vie religieuse. Paris, 1912 г., стран. 275, 277, 232; Леви-Брюль, стран. 108—109, 146—147.

[3]) Леви-Брюль, стран. 64—65, 106, 278—280.

[4]) Дюркгеймъ, стран. 282; такова arungquilta — злая сила у австралійцевъ; Леви-Брюль, 108; Леманъ, 15.

[5]) Леви-Брюль, 35—37.

[6]) Леви-Брюль, 297—298.

Digitized by Google

отдаленныя эпохи индивидуальность проявлялась мало, почти утопала среди общихъ признаковъ группы. Это вело въ представленіи дикаря къ отождествленію даннаго лица не только съ другими членами группы, но и съ предками, принадлежавшими къ той же группѣ, такъ же и съ тотемомъ, т.-е. съ животнымъ (рѣже съ другимъ явленіемъ: растеніемъ и проч.), которому кланъ воздаетъ особый культъ, какъ генію племени.

Жители племени Труман серьезно утверждали, что они водяныя животныя (ихъ тотемъ), а племя Бороро, что они птицы съ краснымъ опереніемъ (птица агага).

Такое отношеніе членовъ группы, между собою и къ группѣ, въ которую онѣ входятъ, проявляется и въ томъ, что вся группа физически старается быть близкой другъ къ другу, напоминая тѣ животныя агрегаты, въ которыхъ отдѣльные организмы почти теряютъ индивидуальность и становятся какъ бы клѣточками одного организма. Кафры, Ирокезы, Віандо, многіе жители Южной Америки живутъ въ огромныхъ домахъ (до 130 футовъ длиной) или огороженныхъ помѣщеніяхъ (крали) по 1000 человѣкъ, ведя общее хозяйство, имѣя общую собственность и общихъ рабовъ: цѣлыя племена и деревни живутъ въ общемъ помѣщеніи [1]). Во время горестныхъ церемоній, траура, женщины племени Арунта въ Австраліи издаютъ въ продолженіе десятка минутъ общій непрерывный стонъ, обнявши другъ друга [2]). Сліяніе семейныхъ группъ въ одно цѣлое доходитъ до того, что семейной группѣ приписывается одна общая душа (одна душа у отца съ сыновьями или у матери съ дочерьми), такъ называемая bush-soul, душа, живущая въ лѣсу (Леви-Брюль, 90—91). Жители Калифорніи даже не отличали индивида отъ вида, считая убитыхъ во время религіознаго празднества птицъ изъ породы хищныхъ (pines) за одну птицу [3]). По словамъ знатока китайскаго быта de Groot'a, у китайцевъ въ вопросахъ уголовной отвѣтственности мельчайшими частицами, молекулами націи являются не отдѣльные люди, а семейные союзы, среди которыхъ личность исчезаетъ [4]).

Такое единеніе членовъ группы въ одно цѣлое и неразличеніе ихъ другъ отъ друга проявляется въ цѣломъ рядѣ своеобразныхъ замѣстительствъ.

Поведеніе одного члена семьи, по мнѣнію дикарей, отражается на жизни и здоровьѣ другихъ членовъ (многое изъ такихъ фактовъ относится къ такъ называемымъ обычаямъ кувады). Такъ, напри-

[1]) Wilutzky, II, 108—113.
[2]) Дюркгеймъ, 564.
[3]) Леви-Брюль, 102.
[4]) Being swallowed up, Вестермаркъ, I, 47.

Digitized by Google

мѣръ, отецъ долженъ одѣваться въ свободное платье, не стѣсняющее его тѣло, чтобы роды жены протекли благополучно, онъ же принимаетъ вмѣсто больного сына лекарства. Мать старается быть въ бодрственномъ состояніи, чтобы ея отсутствующій сынъ не заснулъ[1]). Такое же единеніе наблюдается и въ отношеніяхъ привилегированныхъ членовъ племени къ жизни послѣдняго: малѣйшее измѣненіе здоровья властителя племени, даже въ положеніи его тѣла угрожаетъ благополучію и общественному порядку племени. На это, напримѣръ, разсчитанъ старинный церемоніалъ японскихъ императоровъ [2]).

Представленія объ умершемъ человѣкѣ иныя у дикаря, чѣмъ у культурнаго человѣка. Умершій человѣкъ продолжаетъ жить, но только менѣе интенсивной жизнью, находясь какъ бы въ нѣкоторомъ отдаленіи отъ живыхъ людей, но не прекращая съ ними отношеній. Онъ является живымъ въ видѣніяхъ, пугаетъ ихъ въ видѣ призрака, слѣдитъ за поведеніемъ живыхъ[3]). Мертвеца надѣляютъ магической силой, при чемъ, по вѣрованіямъ весьма многихъ народовъ, ему приписывается скорѣе зложелательное отношеніе къ родичамъ и соплеменникамъ: онъ приноситъ имъ болѣзни, мститъ за дурное поведеніе, за небреженіе въ обрядахъ обычныхъ похоронныхъ приношеній, за свое жалкое прижизненное существованіе.

У дикарей развита техника обрядовъ, при помощи коихъ можно избавиться отъ такихъ непріятныхъ посѣщеній умершаго[4]). У другихъ дикарей и у культурныхъ націй умершіе болѣе благопріятно относятся къ живымъ родичамъ и соплеменникамъ, являются ихъ покровителями (въ Китаѣ въ Индіи, у античныхъ народовъ) и семейными богами (diis manibus на могилахъ и на надгробныхъ памятникахъ). Принадлежавшія имъ вещи не переходятъ къ родственникамъ, продолжая считаться ихъ собственностью. Ихъ сжигаютъ, разрушаютъ, кладутъ съ мертвыми въ могилу, всячески препровождаютъ на тотъ свѣтъ, чтобы души этихъ предметовъ служили душѣ умершаго[5]).

Невѣста считается состоящей въ бракѣ съ умершимъ женихомъ (въ Китаѣ).

Среди дикарей обоихъ полушарій, въ особенности въ Австраліи, распространены вѣрованія въ то, что предки возрождаются въ потомкахъ.

---

[1]) Леви-Брюль, 296—306.
[2]) Фрезеръ, Le Rameau d'or trad. par Stiebel et Toutain, I, 172—173.
[3]) Леви-Брюль, 352 и слѣд.
[4]) Леви-Брюль, 374, 377—378, L'année sociologique 1905—1906 гг., статья Герца, La représentation collective de la mort, 60—61.
[5]) Леви-Брюль, 378—396, La propriété du mort.

Digitized by Google

Души умершихъ, по вѣрованіямъ австралійскихъ дикарей, со смертью членовъ племени, входятъ въ тѣла женщинъ того же племени, и это служитъ главной причиной появленія новаго потомства. Существуютъ даже техническіе пріемы, чтобы облегчить такое возрожденіе, и чтобы узнать, какой предокъ вселился въ новорожденнаго, и сообразно сему дать ему имя[1]).

Юридическіе обряды древняго права обращаютъ на себя вниманіе сходствомъ съ примитивными вѣрованіями въ безличныя силы и магическими обрядами. Во-первыхъ тѣмъ, что въ нихъ заключается обращеніе къ безличнымъ силамъ природы, не только къ духамъ и богамъ, какъ думали прежде изслѣдователи. Таковы клятвы оружіемъ, кораблемъ — которыя должны принести смерть клятвопреступнику[2]). Въ ордаліяхъ посредствомъ воды также судьбу преступника рѣшало не божество и не какой-либо духъ, а стихія и скрывающаяся за ней безличная сила: вы же воду послухомъ постависте... идосте къ бездушну естеству (поученіе Серапіона въ XIII в.), «чистая стихія воды не терпитъ лживаго человѣка и поэтому его не принимаетъ, а выбрасываетъ отъ себя» (слова Гинкмара. Brunner. Deutsche Rechtsgeschichte II, 410).

Разные пріемы, употреблявшіеся при совершеніи юридическихъ актовъ, сближаютъ послѣдніе съ древними магическими и религіозными дѣйствіями, напр. съ жертвоприношеніями, имѣющими у нѣкоторыхъ народовъ магическое значеніе (напр. въ Ведахъ). Таковъ римскій обыскъ при отыскиваніи украденныхъ вещей, quaestio lance licioque. Лицо, производящее обыскъ, раздѣто, прикрыто лишь нижнимъ льнянымъ одѣяніемъ (licium) и съ чашей въ рукахъ или на головѣ[3]).

Таковы же обряды обращенія къ востоку при испытаніи водой съ жезломъ (sunnestab) въ рукахъ [4]), обнаженность и стрижка волосъ при ордаліи Bahrgericht [5]).

Такой же ритуальный характеръ имѣетъ обрядъ въ Салической правдѣ, посредствомъ котораго убійца, не могущій заплатить виру, перекладываетъ на родичей ея уплату [6]). Онъ входитъ въ домъ, собираетъ съ четырехъ угловъ землю, останавливается на порогѣ

---

[1]) Леви-Брюль, 398—402, 406—408, L'année sociol., 1905—1906 годовъ, стран. 78—79, 240—241.

[2]) Amira, Recht y Paul. Grundriss der Germanischen Philologie, II тома 2 отд., стран. 193.

[3]) Ритуальный характеръ этого обряда выясненъ въ статьѣ Huvelin въ L'année sociol., за 1905—1906 гг. Magie et droit individuel, pp. 16—17; о ритуальной обнаженности австралійскихъ дикарей см. Дюркгеймъ, 437.

[4]) Brunner, D. Rechtsg., II, 439.

[5]) Тамъ же, II, 412, № 66; ср. подобные обряды въ Ведахъ при жертвоприношеніи, Шантепи, II, 33.

[6]) Tit., 48, de chrenecruda.

Digitized by Google

съ лицомъ, обращеннымъ внутрь дома, и черезъ плечи кидаетъ ее на родичей, которые должны принять участіе въ платежѣ виры.

Затѣмъ онъ раздѣтый, разутый, съ палкой въ рукахъ перескакиваетъ черезъ заборъ.

Ритуальный характеръ и формы акта (о немъ будетъ сказано ниже) дѣлаютъ несомнѣннымъ то, что мы имѣемъ передъ собою случай подражательной магіи. Такое же примѣненіе магіи мы имѣемъ и въ tit. 60 Салической правды.

Кто хотѣлъ магически разрушить родственныя отношенія и этимъ выйти изъ рода, долженъ былъ сломать надъ головой три прута. Это напоминаетъ магическую силу прутьевъ съ бѣлыми нарѣзками, которой воспользовался Яковъ для того, чтобы у Лавана рождался пестрый скотъ съ крапинами [1]). Но можно и войти въ родъ посредствомъ такихъ же магическихъ актовъ, составляющихъ содержаніе древнѣйшаго германскаго усыновленія и состоящихъ въ возложеніи усыновляемаго на грудь [2]), въ сажаніи на колѣна, въ завертываніи въ плащъ [3]).

Такими же магическими дѣйствіями представляются акты заключенія договора посредствомъ питья крови, извлеченной изъ тѣла контрагентовъ [4]), или посредствомъ рукобитія или соединенія пальцевъ, актъ расторженія договора посредствомъ уничтоженія договорной грамоты [5]). Первый актъ — питье крови контрагентовъ— симпатически дѣлаетъ ихъ членами «одной крови», родичами [6]), и это состояніе родства обезпечиваетъ соблюденіе принимаемыхъ обязанностей. Иногда магическія дѣйствія комбинируются съ заклятіемъ, при чемъ въ заклятіи призывается кара на нарушителя договора или клятвопреступника, а дѣйствіе воспроизводитъ отчасти картину имѣющаго постигнуть виновную сторону несчастія. Такова древняя форма судебной присяги у германцевъ, Vieheid, имѣющая совершенно видъ заговора: присягающій схватывалъ лѣвой рукой подолъ платья и прикасался къ нему пальцами правой руки. При этомъ говорилось: «заклинаю тебя имуществомъ и отцовскимъ наслѣдіемъ. Да сгинетъ твое имѣніе, какъ это платье. Да будутъ прокляты твои кости и члены и исчезнетъ твой скотъ, какъ это платье [7]).

---

[1]) Бытіе, гл. 30, 31—43.
[2]) Подобные же обряды у грековъ и др. народовъ, Фрезеръ, Золотая вѣтвь, I томъ.
[3]) Schroeder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig, 1889 г., стран. 61.
[4]) Lasch, Der Eid. Stuttgart, 1908 г., стран. 73.
[5]) Еще въ законахъ Гаммураби. Wilutzky, II, 143, № 2, 147.
[6]) Lasch, ibidem.
[7]) Brunner. D. Rgs. 430—431, № 36.

Digitized by Google

Такова же присяга per Iovem Silicem у римлянъ. Клянущійся держалъ въ рукахъ кремень и говорилъ: tum (если я умышленно обману) me Dispiter... arce bonisque ejiciat, ut ego hanc lapidem [1]).

Подобнымъ образомъ былъ заключаемъ одинъ изъ древнѣйшихъ договоровъ въ римскомъ правѣ, sponsio, который былъ соединенъ съ возліяніемъ богамъ: «пусть кровь нарушителя будетъ пролита подобно этому вину» [2]).

Еще Гейслеръ видѣлъ въ таинственныхъ рунахъ, запечатлѣнныхъ на предметѣ, передававшемся однимъ контрагентомъ другому при заключеніи договоровъ, такія заклинанія (festuca notata).

Huvelin въ вышеприведенной статьѣ указываетъ на такія же магическія заклинанія, такъ называемыя defixiones, при преслѣдованіи воровъ и разысканіи уворованныхъ вещей. Налагалось заклятіе на вора, если онъ не доставитъ уворованную вещь, на самую украденную вещь, и этимъ объясняется тотъ фактъ въ римскомъ правѣ, что украденная вещь не могла быть предметомъ давностнаго владѣнія, какъ находящаяся подъ заклятіемъ: quod subreptum est, ejus rei aeterna auctoritas esto (А. Геллій).

Мы считаемъ вышеприведенныя формальныя дѣйствія и заклинанія магическими какъ потому, что они по своему внутреннему характеру напоминаютъ технику подражательной магіи и заговоры, воспроизводя жестами или изображая въ словѣ тѣ событія, которыя должны при извѣстныхъ обстоятельствахъ наступить, такъ и потому, что въ нихъ порядокъ совершенія отдѣльныхъ жестовъ и произнесенія словъ предустановленъ и не подлежитъ измѣненіямъ. Послѣднее видно изъ тона текстовъ, знакомящихъ насъ съ правовыми актами, а также изъ того, что мы знаемъ изъ римскаго права о судебныхъ формулахъ. Въ послѣднемъ словесный формализмъ (observatio verborum) былъ такъ силенъ, что, кто хоть на самую малость ошибался при произнесеніи ихъ, проигрывалъ все дѣло. Эти формулы вмѣстѣ съ извѣстными юридическими дѣйствіями давали тонъ древнему праву, имѣя правозарождающій характеръ въ процессуальныхъ актахъ, при заключеніи договоровъ и установленіи другихъ юридическихъ актовъ.

Стоитъ вспомнить манципаціонные акты, сдѣлку nexum, формализмъ стипуляціи, Klage und Antwort въ древнегерманскомъ процессѣ: совершивши наложеніе руки (manus injectio) или произнесши слова: «по сего рѣчи емлю тя, но язъ емлю, а не холопъ» [3]) или: hic ego vos tangano, ut legem dicatis secundum legem salicam

[1]) Huvelin, 33.
[2]) Sohm, Die Institutionen des Römischen Rechts, стран. 38, № 12.
[3]) «Русская Правда». Троицкій списокъ, 81.

Digitized by Google

(въ Салической правдѣ), истецъ принуждалъ этимъ судей и отвѣтчика къ извѣстнымъ дѣйствіямъ[1]). Эти факты дѣлаютъ юридическую формулу преемницей древнихъ заклинаній. Они были для нея прототипомъ, ибо въ нихъ заключалось принужденіе людей и силъ природы къ извѣстнымъ дѣйствіямъ, въ нихъ же имѣлось строгое observatio verborum

Обыкновенно считаютъ юридическія дѣйствія и формулы символическими актами. Появленіе ихъ, говорятъ, стоитъ въ связи съ первобытной психологіей, привыкшей къ конкретному, къ картинному, чуждающейся абстрактнаго, а также въ связи съ потребностями выдѣлить юридическій актъ, напримѣръ при займѣ, изъ разныхъ житейскихъ безразличныхъ въ юридическомъ отношеніи дѣйствій, вызвать формальной обстановкой болѣе серьезное настроеніе совершающихъ юридическія дѣйствія лицъ, сдѣлать актъ видимымъ для окружающихъ и этимъ сообщить ему публичность. Всѣ эти соображенія справедливы. Но они нисколько не противорѣчатъ тому, что тѣ же формальные акты въ началѣ были магическими и обязаны были своимъ происхожденіемъ особенностямъ примитивнаго мышленія. Въ исторіи права нерѣдко институтъ, служившій опредѣленнымъ цѣлямъ, потомъ приспособляется къ другимъ.

Что формальные акты вышли изъ магическихъ, это доказывается косвенно и тѣмъ, что и въ настоящее время есть обстановки, гдѣ психологія также чужда абстрактному и наклонна къ конкретному и картинному, гдѣ также есть потребность и въ публичности акта и въ серьезности настроенія контрагентовъ и гдѣ тѣмъ не менѣе нѣтъ сложныхъ формальныхъ актовъ, гдѣ формализмъ сравнительно слабъ именно потому, что нѣтъ такой вѣры въ магическія дѣйствія, какая была въ примитивныя времена и даже въ средніе вѣка (процессы вѣдьмъ). Я говорю о нашей деревнѣ, живущей еще въ значительной мѣрѣ обычнымъ правомъ, но отнюдь не отличающейся такимъ расцвѣтомъ формализма, какой былъ въ древнемъ правѣ. Съ другой стороны, магическій формализмъ даетъ намъ возможность объяснить происхожденіе формальныхъ актовъ и формулъ. Иначе откуда они явились бы? Какая сила могла бы внѣдрить въ цѣлые народы привычку къ педантическому соблюденію сложнаго формализма, если бы послѣдній не вытекалъ изъ особенностей примитивнаго мышленія? Правда, у нѣкоторыхъ народовъ былъ могущественный классъ жрецовъ, напримѣръ у евреевъ и римлянъ, игравшій роль въ праворазвитіи. Но и они едва ли могли создать такую капитальную особенность древняго права, какъ технику

[1]) См. мою статью въ «Сборникѣ Правовѣдѣнія». V. Очерки права и процесса въ эпоху «Русской Правды».

Digitized by Google

формалистическихъ актовъ, они могли только урегулировать и укрѣпить ихъ. Но формализмъ господствуетъ и въ правѣ такихъ народовъ, какъ, напримѣръ, славянъ или германцевъ, гдѣ присутствія такого сильнаго класса мы не наблюдаемъ.

Такимъ образомъ мы можемъ сказать, что символическій формализмъ развился изъ магическаго, и первой стадіей правового развитія былъ магическій символизмъ. Конечно, мы не можемъ доказать, что всѣ извѣстные намъ формальные акты, напримѣръ манципаціонные акты римскаго права были въ началѣ магическими, но и они образовались, какъ и юридическія формулы, по шаблону магическихъ актовъ.

Примитивная вѣра въ то, что обѣщаніе создаетъ дѣйствительность, могла дать почву для возникновенія обязательствъ изъ такихъ обѣщаній, въ особенности если обѣщаніе сопровождалось заклинаніями и магическими дѣйствіями.

Потомъ, когда вѣра въ магію и магическую силу обѣщаній начала исчезать, потребности гражданскаго оборота и усилившаяся государственная власть сообщили обѣщаніямъ судебныя гарантіи (о вмѣшательствѣ общинъ въ первобытныя правовыя отношенія будетъ сказано ниже).

Едва ли поэтому справедливо утвержденіе историковъ права, какъ Гейслеръ, что въ древнѣйшія времена не было почвы для довѣрія и для обязательствъ, исполненіе коихъ откладывалось на продолжительное время, что были возможны только договоры на наличныя (Barverträge) или договоры съ реальнымъ обезпеченіемъ. Не было, можетъ быть, довѣрія, но была вѣра въ то, что слово и жестъ производятъ дѣйствительность. Человѣкъ, давшій обѣщаніе, былъ связанъ имъ уже потому, что вѣрилъ, что обѣщаніе также наступитъ, какъ за весной слѣдуетъ лѣто. По выраженію притчей Соломоновыхъ (VI, 1—2) человѣкъ, поручившійся за ближняго, «опуталъ себя словами» своихъ устъ, «пойманъ словами своихъ устъ». Человѣкъ, нарушившій обѣщаніе, солгавшій, нарушаетъ естественный ходъ вещей, а за этимъ слѣдуетъ, по вѣрованіямъ многихъ народовъ, естественное возмездіе въ родѣ смерти или болѣзни. Мстителями за неправду являются фетиши, духи, боги [1]). У дѣтей существуетъ даже особая магическая техника для предотвращенія послѣдствій лжи [2]). Многіе примитивные народы выдѣляются правдивостью и соблюденіемъ взятаго на себя обязательства [3]).

---

[1]) Вестермаркъ, II, стран. 114—118; стоитъ припомнить эпизодъ съ Ананіей и Сапфирой.

[2]) Скрещиваніе пальцевъ. Тамъ же, II, 117.

[3]) Напр., горцы центральной Индіи. Вестмермаркъ, II, 73.

Digitized by Google

Вѣрность договорамъ и правдивость была добродѣтелью древнихъ персовъ, древнихъ римлянъ (исторія съ Регуломъ) и жителей Скандинавіи, (тамъ же II, 93, 96).

Если государство прежде всего давало судебную защиту формальнымъ и реальнымъ договорамъ, то не потому, что обычное право не знало неформальныхъ договоровъ, а потому, что перваго типа договоры были легче для судебнаго разрѣшенія, такъ какъ воля контрагентовъ была выражена рельефнѣе, не такъ подвержена сомнѣніямъ, какъ въ неформальныхъ. Практика же заклятій, широко распространенная въ примитивныя времена (масса примѣровъ у Lasch'a der Eid), была во всякомъ случаѣ не менѣе мощнымъ воспитательнымъ средствомъ для укрѣпленія привычки исполнять данное обѣщаніе и соблюдать договоры, чѣмъ впослѣдствіи судебные приговоры.

Неразличеніе индивида отъ группы и отъ индивидовъ, составляющихъ ту же группу, возникающія на этой почвѣ замѣстительства, тѣсное общеніе въ предѣлахъ группы объясняютъ многія и притомъ капитальныя черты древняго права. У древнихъ славянъ и германцевъ въ уголовномъ правѣ, въ процессѣ тамъ, гдѣ бы дѣло касалось съ нашей точки зрѣнія интересовъ одного члена или государства, выступаетъ родовой союзъ и проявляетъ въ этихъ выступленіяхъ тѣсную физическую близость. За смерть убитаго мстятъ не только убійцѣ, но и всѣмъ его родичамъ. Виру платитъ убійца вмѣстѣ съ родичами [1]). У египтянъ родичи были отвѣтственны за преступленія сородичей, у евреевъ дѣти за грѣхи родителей до 4-го колѣна [2]). У негровъ за долги неисправнаго плательщика также отвѣчаютъ родичи [3]). Присягу на судѣ у германцевъ приносилъ тяжущій вмѣстѣ съ родичами, которые клялись, сложивъ вмѣстѣ руки и mit gesammten Munde (Brunner Die D. Rgs. II, 379 и слѣд. 433—434, срав. вышеприведенную манеру австралійскихъ женщинъ оплакивать умершаго, тѣсно обнявшись).

Такое же групповое общеніе, основанное на физической близости, проявляется въ нѣкоторыхъ случаяхъ общаго владѣнія по германскому праву, такъ называемому Gesammthand.

Такіе общіе владѣльцы являются «единой физической личностью, какъ бы одно тѣло, при чемъ индивидуальность каждаго сочлена исчезаетъ» [4]). Въ грамотѣ 1366 года говорится: «мы вмѣстѣ будемъ

---

[1]) Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig, 1901, pp. 9—11; Шпилевскій, Союзъ родственной защиты у древнихъ германцевъ и славянъ, 67—69, 128—130.
[2]) Wilutzky, III, 58—62.
[3]) Ibidem, II, 149.
[4]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, II, 69, № 7.

Digitized by Google

какъ единое лице». Совладѣльцы имѣютъ общее жилище, общій столъ, общій очагъ, sie sind Zusammen um Asche und Tisch. (Stobbe II, 68 № 5 сравн. сожительство въ краляхъ). Долевой характеръ владѣнія здѣсь отсутствуетъ. Первобытныя замѣстительства являются въ формѣ судебнаго представительства родичей другъ за друга. Въ древнерусскомъ правѣ родичи ищутъ и отвѣчаютъ другъ за друга на судѣ [1]), цѣлуютъ крестъ на судѣ другъ за друга, сынъ за мать [2]). «Судебное представительство у германцевъ за дѣтей принадлежало отцу, за опекаемыхъ опекуну» [3]).

Въ другихъ случаяхъ первобытное замѣстительство выражается въ томъ, что дѣйствія, инпціаторомъ или объектомъ которыхъ является одинъ родичъ, влекутъ юридическія послѣдствія, не для него, какъ бы мы ожидали, а для другого родича (вспомнимъ принятіе отцемъ лѣкарствъ вмѣсто больного сына).

Отецъ, по древнегерманскому праву, платитъ пеню за проступки, совершенные его дѣтьми, и взыскиваетъ ихъ съ другихъ лицъ за проступки противъ послѣднихъ. Опекунъ считается обиженнымъ, если обижаютъ подопечныхъ, и вчинаетъ за это искъ отъ своего имени. Точно такъ же за проступки подопечныхъ искъ предъявляется къ опекуну [4]). Подобное встрѣчается и въ Римскомъ правѣ [5]). Договоры въ интересахъ малолѣтняго заключаетъ опекунъ отъ своего имени, но искъ (utilis actio), связанный съ этимъ договоромъ, принадлежитъ подопечному [6]). Наконецъ, по основному правилу древнеримскаго права все, что ни пріобрѣтаетъ сынъ семейства, все дѣлается собственностью его отца, хотя сынъ въ пріобрѣтательныхъ сдѣлкахъ является самостоятельнымъ, дѣеспособнымъ лицомъ, а не довѣреннымъ или простымъ орудіемъ сдѣлки [7]). Всѣ эти замѣстительства, играющія такую роль въ древнемъ семейномъ правѣ возникли на почвѣ примитивнаго отождествленія членовъ группы. Память объ этомъ сохранилась въ римскомъ правѣ. Отецъ и дѣти отождествлялись другъ съ другомъ, между ними было unitas personae, unitas oris (единство личности, единство рѣчи): cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur (по природѣ отецъ и сынъ почти одно и то же лицо Cod. 6, 2 l. 11. § 1), quia vox tua tamquam filii sit sicuti filii tamquam tua intellegitur in his rebus, quae tibi adquiri possunt (Instit. 3, 19. § 4 въ отношеніи

[1]) Шпилевскій, 147—148.
[2]) Шпилевскій, 161, въ мѣстническихъ спорахъ, 198—199.
[3]) Шредеръ, стран. 312.
[4]) Шредеръ, 312, 314.
[5]) Шулинъ, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. Stuttgardt, 1889 г., 188, 247, actio noxalis.
[6]) Шулинъ, 189.
[7]) Baron, Pandekten, изд. 2-е, 539.

Digitized by Google

пріобрѣтенія имуществъ голосъ твоего сына считается твоимъ голосомъ).

Эта unitas oris напоминаетъ вѣрованіе Колошей въ то, что во время произнесенія нѣкоторыхъ пѣсенъ устами поющаго поетъ его предокъ [1]). Это же представленіе о единствѣ личностей отца и сына легло и въ основаніе римскаго наслѣдственнаго права: cum... nostris legibus unam quodammodo esse personam haeredis et qui in eum transmittet haereditatem (т.-е., по нашимъ законамъ наслѣдникъ и наслѣдодатель представляются единой личностью, Новелла 48, pr). Изъ такого представленія дѣлались соотвѣтственные выводы, напримѣръ въ отношеніи exceptio rei venditae traditae, закладa чужой вещи (haeredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus constat. Dig. 50, 17 l. 59). Подобное въ Индѣйской Магабгаратѣ: «мужъ долженъ глядѣть на жену, мать его сына, какъ на собственную мать» [2]).

Возникавшія на почвѣ неразличенія членовъ группы другъ отъ друга замѣстительства были упорядочены въ послѣдующемъ развитіи права такъ, какъ это наиболѣе соотвѣтствовало потребностямъ общественнаго и гражданскаго порядка. Въ римскомъ правѣ эти замѣстительства были тонко распредѣлены между отцомъ и дѣтьми по отношенію къ разнымъ видамъ семейнаго имущества. Изъ этихъ замѣстительствъ вышла значительная доля правомочій отца и опекуна по отношенію къ семейному имуществу.

Въ тѣсномъ единеніи членовъ группы несомнѣнно была почва и для развитія идеи юридическаго лица. Общая цѣлому семейству семейная душа (см. выше) является предшественницей этой идеи, выработка которой дала столько работы европейской юридической мысли и привела къ столькимъ контроверзамъ. Римское право хотя въ нѣкоторыхъ практическихъ случаяхъ и отличало universitas (юридическое лицо) отъ реальныхъ физическихъ лицъ (si quid universitati debetur, singulis non debetur: обязательства по отношенію къ корпораціи не есть обязательство по отношенію къ ея сочленамъ) и до извѣстной степени персонифицировало общину (persona publica, persona coloniae), но до полнаго отдѣленія того или другого не дошло. Universitas или persona publica незамѣтно сливались съ singuli, весьма напоминая вышеприведенные случаи неразличенія членовъ группы отъ самой группы, къ которымъ весьма подходитъ формулировка, данная Гирке: Einheit und Vielheit. Это видно изъ Dig. 3, 4 l. 7, § 2, гдѣ universitas только nomen, названіе (stet nomen universitatis), гдѣ права юридическаго лица есть jus omnium

[1]) «L'année sociologique», 1906—1909, p. 117.
[2]) Wilutzky, II, 22.

Digitized by Google

(право всѣхъ) и гдѣ это jus omnium можетъ стать достояніемъ одного человѣка (cum jus omnium in unum reciderit), если въ корпораціи останется одинъ человѣкъ, и тогда искъ долженъ быть предъявленъ къ нему (posse cum convenire et conveniri). О корпоративномъ имуществѣ говорится какъ о res communes, arca communis (общія вещи Dig. 3, 4 I § 1). Въ глазахъ юристовъ они были corpora incerta (неопредѣленныя лица) съ весьма ограниченной правоспособностью [1]). Такое же неразличеніе юридическаго лица и его имущества отъ сочленовъ союза и ихъ имущества встрѣчается и въ средневѣковыхъ общинахъ [2]).

Представленіе разныхъ сложныхъ явленій въ видѣ личности встрѣчается нерѣдко у примитивнаго человѣка: болѣзни въ видѣ злой личности, мучающей человѣка, грѣха въ видѣ дьявола (у древнихъ персовъ), отдѣльныхъ свойствъ Божіихъ (напримѣръ премудрости Притчи Соломоновы гл. 8, ст. 22 и слѣд.). Но эта персонификація, примѣнявшаяся у римлянъ къ юридическому лицу, не обезпечивала противоположенія послѣдняго физическимъ лицамъ (singuli). Въ личности ея элементы могли исчезать безъ остатка и не противополагаться ей, какъ самостоятельные субъекты. На развитіе таковаго противоположенія могли оказать вліяніе представленія о душѣ юридическаго лица. Эти представленія являлись тогда, когда надобно было отвѣтить на нѣкоторые вопросы, разрѣшеніе которыхъ относительно физическихъ лицъ было связано съ ихъ психологіей. Можно ли отлучить юридическое лицо? Можетъ ли оно совершить проступокъ или преступленіе? Признать реально душу за юридическимъ лицомъ не рѣшались, но жизнь требовала признанія юридическихъ лицъ отвѣтственными за преступленія [3]), и вотъ является представленіе о душѣ юридическаго лица et sic eadem fictione animam habent et delinquere possunt et puniri: такимъ образомъ фикція дѣлаетъ юридическихъ лицъ имѣющими душу и могущими совершать проступки и подвергаться наказаніямъ [4]). Такую фикцію признаетъ и Бартолъ [5]), говоря, однако, что realiter цѣлое не отличается отъ частей. Zasius говоритъ объ umbra personae (тѣнь, подобіе личности), другіе о persona moralis, artificialis [6]). Этимъ подготовляется позднѣйшая Fictionstheorie. Но и для Genossenschaftstheorie [7]), признающей наличность

[1]) Шулинъ, 160.
[2]) Stobbe, I, 439—444.
[3]) Regelsberger, Pandekten, 328.
[4]) Папа Іоаннъ, XII—XIV вв. Дювернуа. Изъ курса лекцій по гражданскому праву, 378, 382.
[5]) XIV в. Дювернуа, 382—383.
[6]) Gierke, Deutsches Privatrecht, I, 469, № 4.
[7]) Regelsberger, 298—299.

Digitized by Google

союзныхъ единицъ, воля которыхъ независима отъ воли физическихъ лицъ[1]), въ примитивныхъ вѣрованіяхъ была почва въ вѣрованіи въ существованіе семейной души. Послѣдняя вѣдь также есть реальная сущность, общая нѣсколькимъ физическимъ лицамъ. Во всякомъ случаѣ не одно только представленіе о юридическомъ лицѣ, какъ о личности, содѣйствовало развитію современныхъ взглядовъ на него, но и представленіе о душѣ юридическаго лица.

Прикосновеніе, играющее большую роль въ первобытномъ міровоззрѣніи (священный предметъ сообщаетъ святость соприкасающемуся съ нимъ предмету — Дюркгеймъ, 455, — прикосновеніемъ можно перенести болѣзнь на другое лицо и т. д.) создаетъ по вѣрованіямъ дикарей магическую связь между человѣкомъ и вещами, съ которыми онъ находился хотя бы въ кратковременномъ, случайномъ соприкосновеніи, напримѣръ съ остатками его пищи. Общеизвѣстенъ фактъ, что можно колдовать надъ остатками пищи человѣка, надъ его одеждой, и причинить ему зло [2]).

Въ такомъ же положеніи находятся выдѣленія человѣка, частицы его тѣла: колдуя надъ ними, также можно было ему повредить. Поэтому дикарь тщательно бережетъ ногти, волосы, одежду, объѣдки пищи, чтобы они не попали въ руки злому человѣку[3]). Онъ даже побоится продать чужеземцу товаръ, не побратавшись предварительно съ нимъ (у мексиканцевъ — Леви-Брюль). Поучителенъ разсказъ у Джемса[4]) о томъ, какъ одному человѣку была сдѣлана пластическая операція носа, при чемъ для этого была употреблена кожа другого человѣка. Спустя нѣкоторое время носъ началъ гнить и, оказалось, что тотъ человѣкъ, у котораго была взята кожа для операціи, умеръ. Такимъ образомъ человѣкъ сохранилъ связь съ кускомъ своего тѣла, который уже сросся съ тѣломъ другого человѣка, и смерть его повлекла за собой и уничтоженіе этого куска. Связь эта съ предметами, съ которыми человѣкъ соприкасался, выражается и въ томъ, что, когда человѣкъ умираетъ, нечистота, присущая его трупу, передается всему, что въ сознаніи живыхъ было съ нимъ связано, напр., рѣкамъ, гдѣ онъ ловилъ рыбу, дому, въ которомъ онъ умеръ (племя Olo-Ngadju — Герцъ, 62). Точно такъ же если человѣкъ ранилъ врага, то онъ можетъ заставить разболѣться эту рану, принимая горячіе напитки[5]). У знатныхъ, у королей эта связь, такъ сильна, что прикосновеніе къ тѣмъ же предметамъ, къ коимъ они прикоснулись, другихъ людей опасно

[1]) Regelsberger, 291—294, 298.
[2]) Фрезеръ, I, 62—63.
[3]) Тейлоръ, Первобытная культура. С.-Пб. 1896 г., I, 104—105.
[4]) Многообразіе религіознаго опыта. Переводъ. Москва, 1910 г., стран. 487.
[5]) Фрезеръ, Золотая вѣтвь, I, 59.

Digitized by Google

для послѣднихъ, приноситъ имъ болѣзнь и смерть. Отсюда возникаетъ запретъ для другихъ людей, табу по отношенію къ такимъ предметамъ, и по отношенію къ нимъ для королей и знатныхъ развивается право собственности. Такимъ образомъ возникли большія земельныя владѣнія королей въ Полинезіи[1]). «Святость короля подобна сильному яду — все что ни приходило въ малѣйшее соприкосновеніе съ королемъ или королевой (платье, дома, лодки, носильщики), становилось святымъ, жилище, въ которое онъ входилъ, должно было быть оставлено навсегда собственникомъ и имъ могли пользоваться только эти священныя особы»[2]). Нарушеніе такого табу грозило смертью[3]). «На многихъ Полинезійскихъ островахъ табу вождей имѣетъ такую силу и такъ прилипчиво, что если вождь ступилъ на землю, она уже дѣлается запретной, и пользоваться ею нельзя. Поэтому вождямъ не даютъ ходить по землѣ, а носятъ ихъ на носилкахъ»[4]).

Физическое и въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже психическое соприкосновеніе было однимъ изъ древнѣйшихъ, если не самымъ древнимъ источникомъ пріобрѣтенія собственности. Юридическая практика примитивныхъ народовъ выдѣлила наиболѣе энергичные и долговременные способы такихъ соприкосновеній, какъ устанавливающіе наиболѣе тѣсную связь человѣка съ предметами, и пріурочила къ нимъ возникновеніе права собственности. Человѣкъ считался въ тѣсной связи съ землей, гдѣ была пролита его кровь, на которой онъ былъ рожденъ, даже на которой были кости его родичей[5]).

Дѣлая выборъ между разными видами физическаго соприкосновенія, какъ источника собственности, примитивный человѣкъ сознательно или безсознательно руководствовался практическими соображеніями, оцѣнкой жизненнаго значенія помянутыхъ видовъ. Такъ у многихъ народовъ выдвигается трудовой принципъ, обработка и эксплуатація[6]), запущеніе обработки ведетъ къ потерѣ собственности. На островахъ Полинезіи кто садитъ пальму, пріобрѣтаетъ не только право на нее, а и на весь участокъ земли, гдѣ она растетъ[7]).

Въ другихъ случаяхъ выдвигался иной видъ соприкосновенія, моментъ захвата и, завладѣнія[8]). Въ случаяхъ овладѣнія дикими

---

[1]) Леманъ, 17—18.
[2]) Frazer, Psyche's task, стран. 8.
[3]) Тамъ же, 18.
[4]) Шурцъ, Исторія первобытной культуры, перев. Пименовой и Гредескулъ, 318—319.
[5]) Вестермаркъ, II, 38—41.
[6]) Ibidem, II, 38—41; Wilutzky, II, 120 и слѣд.
[7]) Wilutzky, II, 125.
[8]) Ibidem, II, 125—129.

Digitized by Google

животными, особенно выдвигается моментъ соприкосновенія, хотя бы психическаго, передъ другими соображеніями: кто первый ранилъ животное, первый бросилъ дротикъ, даже первый увидалъ его пріобрѣтаетъ на него право, хотя бы другой и овладѣлъ этимъ животнымъ[1]). Значеніе чистаго момента соприкосновенія проявляется въ томъ, что человѣкъ теряетъ наличное право на вещь, разъ физически покидаетъ ее: перестаетъ обработывать поле, оставляетъ домъ, колодезь, водоемъ, пойманнаго въ сѣти звѣря[2]).

Наиболѣе часто занмка или завладѣніе сопровождается установленіемъ межевыхъ знаковъ и на нихъ переходитъ сила, связующая человѣка съ предметомъ, сила, опасная для чужеземцевъ, угрожающая имъ болѣзнью или смертью. Достаточно окружить участокъ земли шерстяной ниткой (дикари Кумана) или сдѣлать на двери дома мѣтку изъ воска) (въ Новой Зеландіи), чтобы владѣніе было табу (запретно) для посторонннхъ и чтобы они не рѣшались нарушить этотъ запретъ, иначе имъ грозитъ смерть[3]). По большей части знаки собственности носятъ магическій характеръ[4]), изображая напр. животное, которое должно истребить человѣка, нарушающаго чужую собственность. На дерево вѣшаются листья, сложенные на подобіе акулы (the white shark taboo), или помѣщается челюсть кабана, изображеніе крокодила, змѣи и др.[5]). Все это случаи знакомой намъ подражательной магіи, воспроизводящей картинно часть желаемой дѣйствительности. Но этимъ не ограничиваются: ставя такія изображенія, нашептываютъ проклятія по адресу нарушителей или же пишутъ ихъ на знакахъ собственности[6]). Поэтому такія изображенія считаются зачарованными и угрожаютъ смертью нарушителямъ[7]).

Сродство магическихъ и религіозныхъ силъ привело къ тому, что пограничные знаки считаются священными у культурныхъ народовъ и посвященными богамъ (Зевсу, Юпитеру, Терминусу), мстящимъ за ихъ истребленіе. Нарушеніе границъ считалось поэтому у евреевъ и грековъ святотатственнымъ[8]). У римлянъ нарушеніе границъ, termini motio, вело за собою наказаніе религіознаго характера не только для нарушителя, но и для быковъ, переоравшихъ межу (Festus, sub v. Terminus) Такимъ образомъ магическія

---

[1]) Вестермаркъ, II, 38—39.
[2]) Ibidem, 39—40.
[3]) Леви-Брюль, 394—395.
[4]) Wilutzky, II, 129—131.
[5]) Фрезеръ, Psyche's task, 22—25.
[6]) Вестермаркъ, II, 63—66; примѣръ такого заклятія. — Фрезеръ, Psyche's task, 25—24.
[7]) Вестермаркъ, II, 64.
[8]) Вестермаркъ, II, 59—61, 67—69.

Digitized by Google

дѣйствія и заклятія сыграли такую же роль для укрѣпленія вещныхъ правъ, какъ и для обязательственныхъ.

Понятно, какова должна быть шаткость правъ при такой преувеличенной оцѣнкѣ момента соприкосновенія, вытекавшей изъ магическаго характера послѣдняго. Римское право кореннымъ образомъ ограничило значеніе физическаго соприкосновенія, обусловивъ пріобрѣтеніе и потерю владѣнія не только физическимъ моментомъ, но и психическимъ [1]), ограничивъ предѣлы оккупаціи (дерелинквированными, непріятельскими вещами и проч.), обставивъ трудными условіями пріобрѣтеніе собственности по давности. Противоположеніе души и тѣла (animus et corpus), оказавшее вліяніе въ средніе вѣка на развитіе идеи юридическаго лица, и здѣсь послужило на развитіе и укрѣпленіе вещныхъ правъ, при чемъ animus (ψυχὴ δεσπόζοντος Византійскихъ юристовъ) получило значеніе воли владѣть для себя. Это противоположеніе могло появиться лишь въ сравнительно позднюю эпоху, когда создалось представленіе о двойникѣ человѣка, о душѣ (главнымъ образомъ въ видѣ эѳирнаго двойника). Но тѣмъ не менѣе и въ средневѣковомъ правѣ физическій моментъ соприкосновенія имѣетъ большое значеніе. Лишь новѣйшая юриспруденція отдѣлывается отъ него, выдвигая психическій (animus).

Въ опредѣленіяхъ владѣнія по римскому праву особенно настаивается на физическомъ моментѣ (rei insistere, corpore rem contingere) и до Савиньи владѣніе опредѣлялось, какъ обнаруженіе фактическаго воздѣйствія на владѣемый предметъ. Физическій моментъ при традиціи до того стѣснялъ гражданскій оборотъ, что юристы должны были разъяснять, что для овладѣнія вещью нѣтъ необходимости физически (corpore et tactu)... схватить вещь, нѣтъ необходимости обойти всѣ глыбы земли [2]).

Реалистическій элементъ имѣлъ большое значеніе при передачѣ движимыхъ и недвижимыхъ имуществъ и въ древнегерманскомъ правѣ, въ особенности передача послѣднихъ обставлялась сложной процедурой: передавалась часть самой вещи въ видѣ глыбы земли (Torf und Zweig), косяка, веревки отъ колокола — при передачѣ церкви или дома (pars pro toto, иногда другіе предметы, напр. перчатка). Но сверхъ того совершался особо-торжественный обрядъ очищенія передаваемаго участка (exitus, werpitio, Auflassung) mit Finger und Zunge, curvatis digitis (съ согнутыми пальцами).

---

[1]) Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore, т.-е. пріобрѣтаемъ владѣніе совмѣстной наличностью физическаго овладѣнія и желанія владѣть для себя. Dig., 43, 17, l. I, § 3.

[2]) Dig., 41, 2, I, § 21, 3, § 1.

Digitized by Google

Въ Гольштейнѣ до недавняго времени существовали такіе обряды: обѣ стороны поднимаютъ правую руку, при чемъ указательный и средній палецъ согнуты, мизинецъ соединенъ въ одно съ четвертымъ и пятымъ пальцами. Передающій участокъ заявляетъ о передачѣ, отводя руку отъ тѣла, принимающій, заявляя о принятіи участка, прижимаетъ руку къ тѣлу[1]). Эта процедура съ такимъ дѣятельнымъ участіемъ пальцевъ, заставляетъ думать, что мы и здѣсь имѣемъ дѣло съ магическимъ обрядомъ, имѣющимъ цѣлью, съ одной стороны, присоединить пріобрѣтаемую вещь къ тѣлу новаго владѣльца, а, съ другой стороны, прекратить связь вещи съ тѣломъ прежняго владѣльца. И это въ интересахъ прежняго владѣльца. Иначе новый владѣлецъ можетъ всякими чарами надъ вещью, связь которой съ тѣломъ прежняго владѣльца не прекращена, вредить послѣднему. Движеніе пальцевъ вообще играетъ большую роль въ обрядѣ клятвы, въ магическихъ пріемахъ, въ обрядахъ отогнанія злыхъ духовъ. Стоитъ вспомнить магическія манипуляціи при помощи двухъ пальцевъ, которыя дѣлалъ римскій отецъ семейства, чтобы удалить изъ дому духовъ, день которыхъ праздновался въ маѣ[2]). Манипуляція съ пальцами была въ большомъ ходу для уничтоженія послѣдствій лжи или лжеприсяги[3]). Рука съ вытянутымъ указательнымъ пальцемъ является талисманомъ въ южной Италіи[5]). Въ легендѣ племени Квакіутль палецъ является проводникомъ сверхъестественныхъ силъ: протянувъ его къ врагу, герой, предокъ этого племени пробиваетъ ему голову[4]). Древнѣйшая форма германской традиціи описана въ вышеупомянутомъ титулѣ 58 Салической правды.

Преступникъ, не имѣвшій средствъ уплатить виру за убійство, передавалъ землю родственникамъ, на которыхъ затѣмъ переходила уплата виры. При этомъ онъ кидалъ землю на плечи родичей, а затѣмъ покидалъ ее, перескочивъ съ палкой въ рукѣ черезъ заборъ. Этимъ онъ симпатически разрывалъ мистическія узы, связывавшія его съ землей, и мистически же соединялъ съ ней родичей, съ которыхъ потомъ взыскивалась вира[6]).

Сопоставляя вѣрованія въ магическую связь человѣка съ принадлежащими ему предметами, съ нѣкоторыми другими фактами древняго права, нельзя не притти къ заключенію, что въ его отношеніи къ послѣднимъ было нѣчто общее съ его отношеніемъ къ ча-

---

[1]) Шредеръ, 264, № 6.
[2]) Фрезеръ, II, 334—335; Lasch, 104—105.
[3]) Lasch, 98; Вестермаркъ, II, 117, № 2.
[5]) Шурцъ, 831.
[4]) Дюркгеймъ, 271, № 1.
[6]) Шредеръ, 264, № 85; Brunner, D. Rgs., I, 219—220.

Digitized by Google

стямъ собственнаго тѣла и что предметы, принадлежащіе ему, были, въ представленіи людей, чѣмъ-то въ родѣ частей его тѣла, продолженіемъ его физической личности. Какъ мы видѣли выше, можно было колдовать надъ частями его тѣла, отдѣлившимися отъ послѣдняго (волосы, ногти), и черезъ нихъ вліять на его судьбу. Подобныя же магическія операціи можно было производить и надъ его имуществомъ (напр. одеждой). Съ другой стороны, въ древнѣйшемъ правѣ части тѣла могли быть, какъ и принадлежащіе человѣку вещи, предметомъ сдѣлокъ. Должникъ предоставляетъ кредитору въ случаѣ неуплаты долга право: отрѣзать палецъ, кусокъ мяса, выколоть глазъ.

Подобное условіе беретъ Шейлокъ съ Венеціанскаго купца[1]).

При болѣе культурномъ понятіи о физическомъ субъектѣ правъ члены человѣческаго тѣла уже не могли играть такой роли.

Предположеніе о такой точкѣ зрѣнія на связь предметовъ съ тѣломъ человѣка, при которой они какъ бы считались частью послѣдняго, подтверждается текстомъ XII таблицъ: partis secanto. Кредиторы при неуспѣшности взысканія могли разрубить на части должника. Этотъ текстъ теряетъ свою абсурдность, если понимать подъ разрѣзываемымъ должникомъ не тѣло послѣдняго, а имущественные предметы, составляющіе одно съ нимъ цѣлое, т.-е. цѣль закона предоставить кредиторамъ раздѣлъ имущества должника.

Возможно, что толкованіе этого закона, какое мы видимъ у Авла Геллія, и также законы въ родѣ старыхъ Норвежскихъ о вырѣзываніи кусковъ изъ тѣла должника, возникли въ то время, когда было потеряно первобытное представленіе о личности должника и послѣднюю стали отождествлять съ его тѣломъ.

Тогда правило о раздѣленіи его на части стали относить къ вырѣзыванію изъ него кусковъ тѣла. На близкое отношеніе имущества къ тѣлу должника, къ его личности указываютъ: выраженія mobilia, quae ossibus inhaerent[2]), мѣстоимѣнія, относящіяся къ правамъ на вещи, мое, твое, собина (отсюда собственность), т.-е. что близко къ «я», къ «себѣ», можетъ быть также такіе факты: по древнескандинавскимъ обычаямъ, кто побѣждалъ другого на поединкѣ, пріобрѣталъ право его наслѣдовать. Точно такъ же у язычниковъ Исландіи земля могла быть отнята у собственника побѣдившимъ его на поединкѣ[3]). Эти обычаи легче всего объясняются при предположеніи, что вещи, принадлежавшія побѣжденному, были какъ бы частями

---

[1]) Удинцовъ, Исторія займа, 208—211.
[2]) Wilutzky, II, 166.
[3]) Ibidem, II, 126; ср. подобный договоръ Мстислава съ Редедею Касожскимъ передъ поединкомъ.

Digitized by Google

его тѣла, и кто овладѣлъ имъ самимъ (побѣдой на поединкѣ), становился и господиномъ его вещей. Эта же интимная связь между человѣкомъ и принадлежащимъ ему имуществомъ обнаруживается въ томъ, что въ римскомъ правѣ послѣднее, будучи частью тѣла хозяина, послѣ смерти его становится его представителемъ (pars pro toto; см. ниже о haereditas jacens). Замѣтимъ, что и позднѣйшее право не различало отношенія одной вещи къ другой, какъ принадлежности къ главной вещи, отъ отношенія части къ цѣлому. Принадлежности вещей въ римскомъ правѣ называются pars rei, quasi pars[1]).

Вѣра въ то, что умершій человѣкъ продолжаетъ жить среди живыхъ, вмѣшивается въ ихъ жизнь, слѣдитъ за ихъ поведеніемъ, несомнѣнно должна была оказать вліяніе на развитіе институтовъ права и процесса. Прежде всего въ ордаліяхъ, гдѣ отысканіе виновнаго нерѣдко поставлено въ зависимость отъ того, какъ реагируетъ трупъ его жертвы, напр., въ ордаліи Bahrgericht трупъ убитаго начинаетъ сочиться кровью при прикосновеніи къ нему убійцы. Иногда убитый вздрагиваетъ, когда при немъ произносятъ имя убійцы[2]). Такое представленіе объ умершемъ человѣкѣ дало возможность для средневѣковаго права отыскать субъекта права для нѣкоторыхъ учрежденій, какъ напр. монастырей. Такимъ субъектомъ является святой, которому посвящено учрежденіе, является не какъ символъ, а какъ реальное лицо: надъ его мощами совершались сдѣлки, мощи его выносились въ судъ при тяжбахъ[3]). Это же представленіе объ умершемъ человѣкѣ повело въ исторіи русскаго права къ созданію института душеприказчиковъ.

Душа покойнаго, интересующаяся участью близкихъ и ихъ имущественными отношеніями, не можетъ реально участвовать въ гражданскомъ оборотѣ уже потому, что лишена тѣлесныхъ органовъ. По отношенію къ гражданскому обороту она находится въ положеніи малолѣтняго. Надъ ней, какъ и надъ послѣднимъ, должна быть учреждена опека. И вотъ эта опека является въ формѣ душеприказщичества.

Человѣкъ отдаетъ свою душу въ распоряженіе душеприказчика, какъ отдаетъ въ распоряженіе опекуна своихъ дѣтей, какъ отдаетъ въ распоряженіе своихъ наслѣдниковъ имущество. Для отдачи послѣдняго въ распоряженіе наслѣдниковъ между другими терминами (даю и др.) изрѣдка встрѣчается терминъ приказываю, въ осо-

---

[1]) Вагон, стран. 70—71.
[2]) Колеръ, Философія права и универсальная исторія права. Кіевъ, 1913 г., стран. 143.
[3]) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, I, 314—316.

Digitized by Google

бенности въ княжескихъ грамотахъ: «приказываю сынамъ своимъ отчину свою Москву», «а приказываю животъ свой госпожи своей матери Онтоньи и сынови своему Феодору отцыну свою и дѣдину землю и воду»[1]). Это же выраженіе «приказываю» является обычнымъ, когда дѣло идетъ о предоставленіи души въ распоряженіе душеприказчика, или опекуна: а приказываю свою душу и свою жену и свои дѣти своему господину и своему дѣду Федору Александровичу[2]). Цѣль душеприказчиковъ — устройство положенія души: «по моей души поправити»[3]). Непогашенные долги тяготѣли надъ человѣкомъ не только при жизни, но и были тяжелымъ бременемъ на его душѣ послѣ смерти, и его наслѣдники или душеприказчики должны были свести эти долги съ его души («а съ мосе души сведутъ»); а тѣ деньги, говорится въ одномъ духовномъ завѣщаніи, платить сыну моему О., а меня въ долгу не положити, а души моей тѣмъ не повредити[4]). Нерѣдко душа поручалась вѣдѣнію ближайшихъ наслѣдниковъ завѣщателя, и это, конечно, содѣйствовало развитію того взгляда, что наслѣдникъ долженъ платить долги завѣщателя.

Вѣра въ то, что умершій можетъ жестоко отомстить за неисполненіе своей воли, могла оказать большое вліяніе на уваженіе къ посмертной волѣ, на крѣпость завѣщательныхъ распоряженій. Умершій можетъ проклясть изъ гроба сына, неуважающаго его послѣднюю волю[5]). Древнерусскія завѣщанія наполнены проклятіями, имѣющими, конечно, христіанскій характеръ, противъ нарушителей завѣщательной воли и вступниковъ въ имущество, завѣщанное другому лицу. Здѣсь съ вѣрою въ продолжающуюся жизнь мертвецовъ соединяется вѣра въ силу заклятій. Новогвинейскіе папуасы вѣрятъ въ то, что умершіе производятъ землетрясенія, бури и потопы, насылаютъ болѣзни, если родственники не исполняютъ ихъ послѣдней воли[6]). Вѣра въ призракъ умершаго, преслѣдующій убійцу со всѣми его родичами и соплеменниками (исторія Ореста), была могучимъ средствомъ, чтобы вселить страхъ отдѣльнымъ людямъ и цѣлымъ общинамъ передъ пролитіемъ крови и тѣмъ обезпечить безопасность человѣческой жизни[7]). Вѣрованіе въ то, что мертвецъ продолжаетъ сохранять права, принадлежавшія ему

---

[1]) Мой, Анализъ нѣкоторыхъ пунктовъ древнерусскаго завѣщанія, стран. 9, №№ 1 и 6.
[2]) «Акты юридическіе», № 417, 1472 г., №№ 421, 423.
[3]) Ibidem, 423, 421, II: и имъ, т.-е. душеприкащикомъ, пожаловати душа моя и жены моей Марьину душу устроить по сей моей духовной памети.
[4]) Анализъ, 113.
[5]) У южныхъ славянъ, Вестермаркъ, I, 541.
[6]) Подобное же у негровъ Восточной Африки.—Wilutzky, II, 178.
[7]) Frazer, Psyche's task, 52—81.

Digitized by Google

при жизни, и что человѣка соединяетъ съ его имуществомъ магическая связь, легко могло принять такую форму, что послѣ смерти человѣка его имущество носитъ въ себѣ часть его личности и является какъ бы представителемъ послѣдней (pars pro toto). Таково было представленіе римлянъ о лежачемъ наслѣдствѣ: «haereditas defuncti personam, defuncti vicem sustinet, defuncti locum obtinet, т.-е. наслѣдство представляетъ личность умершаго. Изъ этого дѣлались практическіе выводы въ родѣ того, что если умершій наслѣдодатель могъ получать легаты, то ихъ могъ получать и рабъ, входящій въ составъ наслѣдственной массы [1]). Не утратилось у культурныхъ народовъ и представленіе о томъ, что въ дѣтяхъ возрождается духъ ихъ умершихъ родичей. Это представленіе могло вліять на развитіе наслѣдственнаго права.

Идея такой метампсихозы встрѣчается и у европейскихъ народовъ. У галловъ былъ обычай брать въ заемъ деньги съ тѣмъ, чтобы возвратить ихъ тогда, когда должникъ будетъ въ другомъ существованіи. У народовъ Италіи была вѣра въ возрожденіе дѣтей, умершихъ въ раннемъ возрастѣ [2]). У римлянъ родственникъ умершаго наклонялся надъ нимъ, чтобы воспріять въ себѣ его душу (excipies hanc animam ore pio, т.-е. примешь въ себѣ благочестивыми устами духъ усопшаго). То же у семиноловъ во Флоридѣ (Тейлоръ).

Такая связь наслѣдственныхъ правъ съ переходомъ души замѣчается въ вѣрованіяхъ племени Ніасъ (въ Голландской Индіи): наслѣдникомъ главы деревни становится то лицо, въ котораго черезъ ротъ вошла душа умершаго, хотя бы воспринявшій душу былъ не родственникъ умершему [3]). У другихъ племенъ человѣкъ, на котораго перешло имя умершаго и вмѣстѣ съ именемъ его душа, вступаетъ во всѣ его права [4]). Идеи о связи лежачаго наслѣдства съ личностью наслѣдодателя, объ unitas oris (см. выше) не есть только фикціи, какъ думаютъ нѣкоторые пандектисты. Это первобытныя представленія, смутно сохранившіяся въ памяти позднѣйшихъ поколѣній. Послѣдніе утратили представленіе о ихъ подлинномъ значеніи (поэтому оговорки римскихъ юристовъ въ родѣ tamquam, quodammodo) и пользовались ими, какъ юридическими конструкціями, чтобы сдѣлать требуемые жизнью выводы въ области семейнаго и наслѣдственнаго права.

Такимъ образомъ первобытныя представленія о природѣ и человѣкѣ во многихъ отношеніяхъ повліяли на развитіе гражданскаго права и процесса. Въ другихъ случаяхъ мы можемъ пред-

[1]) Baron, 583.
[2]) Reinach, Orpheus, перев. Малера. Leipzig, 1911 г., 98, 116.
[3]) Wilutzky, III, 19, № 1.
[4]) Герцъ, 120, № 1.

Digitized by Google

положить такое вліяніе. Магическая связь человѣка съ предметами, съ которыми онъ вошелъ въ физическое общеніе, легла въ основу правъ на вещи. Вѣра въ осуществленіе задуманной дѣйствительности могла дать почву для возникновенія обязательственныхъ отношеній. Древнія замѣстительства, возникшія изъ неразличенія члена группы отъ другихъ членовъ и отъ самой группы, составили значительную часть семейнаго права. Вѣра въ переселеніе душъ была однимъ изъ главныхъ факторовъ наслѣдственнаго права. Вмѣстѣ съ этими главными правообразующими силами дѣйствуютъ другія вѣрованія въ качествѣ дополнительныхъ силъ. Вѣра въ магическіе обряды и заклинанія много содѣйствовала укрѣпленію вещныхъ и обязательственныхъ правъ и содѣйствовала развитію гражданскаго процесса. Вѣра въ мертвецовъ, продолжающихъ жить среди оставшихся въ живыхъ и вліять на ихъ поведеніе, должна была содѣйствовать укрѣпленію завѣщательнаго права, многихъ нормъ брачнаго права и дала почву для возникновенія субъектовъ права въ нѣкоторыхъ учрежденіяхъ. Многія изъ этихъ вѣрованій создали или могли создать извѣстное отношеніе человѣка къ вещамъ и другимъ людямъ, вліявшее на поведеніе послѣднихъ. Если сила, связующая человѣка съ матеріальнымъ предметомъ, угрожала другимъ лицамъ смертью или болѣзнью за прикосновеніе къ послѣднему, то для человѣка, овладѣвшаго физически предметомъ, открывалась возможность безпрепятственно эксплуатировать его. Создавалось, съ нашей точки зрѣнія, субъективное право пользованія этой вещью и гарантіей этого права служила эта зловредная сила. Эта гарантія удесятерялась, если при этомъ владѣлецъ еще совершилъ магическіе обряды и заклятія, угрожавшіе разными вредными послѣдствіями для нарушителей владѣнія. Если одинъ человѣкъ обѣщался дать вещь или оказать услугу, оба они вѣрили, что обѣщанное несомнѣнно наступитъ.

И эта вѣра въ связи съ магическими обрядами и заклятіями могла дать сильную гарантію исполненія обѣщаннаго.

Вѣра эта должна была гипнотизировать обѣщавшаго. Онъ дѣлалъ это такъ же, какъ загипнотизированный человѣкъ исполняетъ данное ему въ гипнозѣ приказаніе. Такимъ образомъ изъ обѣщанія могъ возникать хорошо гарантированный интересъ. Эти отношенія, зиждущіяся на примитивныхъ вѣрованіяхъ, въ тѣ времена исполняли то назначеніе, какое въ настоящее время принадлежитъ нормамъ права.

Отношенія эти, носящія характеръ власти, гарантированнаго интереса, походили на то, что у современныхъ юристовъ назы-

Digitized by Google

вается субъективнымъ правомъ. Въ отличіе отъ современныхъ субъективныхъ правъ, основанныхъ на объективныхъ нормахъ (законъ, обычай, идеальное право), помянутыя отношенія были логически независимы отъ послѣднихъ. Они сами въ себѣ носили гарантію.

Содержаніе вѣрованій, создающихъ эти первичныя формы субъективнаго права, не отличается отъ вѣрованій въ явленія матеріальнаго міра.

Сила, связующая человѣка съ вещами, съ коими онъ входитъ въ общеніе, мало отличается отъ всякой другой энергіи, проникающей предметы матеріальнаго міра.

Изслѣдователи сравниваютъ подобныя силы, лежащія въ основаніи примитивныхъ запретовъ (tabu), съ силой яда, съ электрической искрой (quasi electric discharge), съ заразительной болѣзнью[1]). «Табу, по опредѣленію Лемана, есть всякое лицо или вещь, которая наполнена мистическими силами или особенно подвержена ихъ дѣйствію».

Точно такъ же вѣра въ осуществленіе задуманнаго есть вѣра въ нѣкоторый законъ природы.

Эти положенія, создающія гарантированный интересъ или власть, образуются либо стеченіемъ обстоятельствъ, всецѣло принадлежащихъ по вѣрованіямъ дикарей, къ объективной природѣ, либо явленіями природы, вызываемыми дѣятельностью человѣка, совершающаго магическій обрядъ, произносящаго формулу, прикасающагося къ извѣстному предмету.

Въ этомъ смыслѣ означенныя положенія суть явленія природы, часть явленій природы.

Это чувствовали древніе, сводя право на нѣкую врожденную силу: quaedam innata vis (Цицеронъ), на instinctus naturae[2]). Возможно, что въ чувствованіи этой innata vis, какъ и въ представленіи о субъективномъ правѣ (ajo jus mihi esse utendi fruendi illa re) имѣется обобщенное представленіе о магической связи между человѣкомъ и вещами, съ коими онъ вошелъ въ физическое общеніе. Теоретики естественнаго права и еще раньше греческіе мыслители, старавшіеся угадать основныя начала (φύσις) практической жизни, также искали въ природѣ основаній для естественныхъ нормъ, управляющихъ человѣческой жизнью, но они суживали понятіе природы. Они имѣли въ виду, главнымъ образомъ, человѣческую природу, особенности индивидуума и общества: нравственныя чувства (Протагоръ), равенство, основные человѣческіе инстинкты, потребность

[1]) Fraser, Psyche's task, 8—9.
[2]) Шулинъ, 80, 85.

Digitized by Google

общенія (Гуго Гроцій), инстинктъ самосохраненія (Пуффендорфъ, Windelband, Geschichte der Philosophie, 2-e Aufl. 57—61, 352—353).

Тоже надо сказать и о современныхъ теоретикахъ права, главнымъ образомъ интересующихся нормами объективнаго права.

Опредѣляютъ ли они право, какъ нормы, данныя государствомъ, какъ нормы, вытекающія изъ общей воли или убѣжденія, какъ принудительныя правила, какъ правила, стремящіяся осуществить требованія разума, — защитить интересы отдѣльныхъ лицъ, или всего государства и т. д., вездѣ они имѣютъ въ виду человѣческую природу, индивидуальную или общественную. Причиной этого то, что и современные юристы и прежніе теоретики естественнаго права исходятъ и исходили отъ представленій о нормахъ, уже вышедшихъ изъ-подъ власти природы и, такъ сказать, обвѣянныхъ атмосферой человѣка.

И современное право считается съ явленіями физическаго міра, съ людьми, какъ субъектами права, съ физическими объектами вещныхъ правъ, съ измѣненіями въ области физическаго міра (напр. въ ученіи о приращеніи, объ alluvio), но эти явленія заранѣе предусмотрѣны, предопредѣлены обществомъ или государствомъ, какъ условія для возникновенія и потери правъ.

Нарушеніе права и въ культурныя времена вызываетъ реакцію со стороны общества и государства. Первое переживаетъ чувство неодобренія, такъ или иначе выражаетъ его, а иногда и переходитъ къ болѣе активнымъ дѣйствіямъ, государство принимаетъ цѣлый рядъ принудительныхъ мѣръ. Всѣ эти настроенія и принудительныя дѣйствія, организованныя и неорганизованныя, образуютъ гарантію правового положенія, но гарантію человѣческую, исходящую отъ человѣка и государства.

Другое въ фактахъ первобытнаго права. Хотя дѣйствія человѣка и въ нихъ играютъ извѣстную роль: онъ прикасается къ предмету, онъ даетъ обѣщаніе, произноситъ заговоръ, совершаетъ магическій обрядъ. Но ни эти дѣйствія, ни естественныя ихъ послѣдствія, о которыхъ мы говорили, не предусмотрѣны и не урегулированы извнѣ по отношенію къ совершающимъ эти дѣйствія людямъ. Равнымъ образомъ и послѣдствія правонарушенія касаются только дѣйствующихъ людей, не зависятъ отъ какихъ-либо мѣръ, принимаемыхъ окружающими или государствомъ, имѣютъ характеръ явленій матеріальной природы: лицо, нарушившее право, заболѣваетъ, умираетъ, иногда вмѣстѣ съ нимъ тоже испытываютъ и его родичи и соплеменники.

Такъ, напримѣръ, привычка людей соразмѣрять свое поведеніе съ требованіями половой нравственности и съ нормами, касающи-

Digitized by Google

мися брачныхъ обязанностей, воспиталась подъ вліяніемъ очень распространенныхъ вѣрованій въ то, что развратъ, супружеская невѣрность, внѣбрачное половое общеніе ведутъ къ цѣлому ряду физическихъ бѣдствій, поражающихъ виновныхъ и ихъ соплеменниковъ. Блудъ и прелюбодѣяніе причиняютъ неурожай (Карены), болѣзни, нападенія дикихъ звѣрей (жители Суматры). Виновныхъ очищаютъ разными обрядами, ихъ изолируютъ отъ прочихъ людей, топятъ, боясь, чтобы никакая капля крови ихъ не была пролита и чтобы они не заразили родную землю и другихъ людей (у евреевъ Левитъ XVIII, 24 и слѣд.). Ихъ очищаютъ отъ загрязненія, причиненнаго грѣхомъ, разными способами, напр. купаютъ въ водѣ [1]). Еще въ XV и XVI вѣкахъ въ Европѣ думали, что къ подобнымъ послѣдствіямъ (чума, землетрясенія, оспа) приводитъ богохульство и противоестественные пороки [2]).

Изъ этихъ фактовъ видно, что даже послѣдствія правонарушенія понимались натуралистически. Проступки или преступленіе не есть только событіе, приводящее къ невыгоднымъ юридическимъ послѣдствіямъ для виновнаго. Это физическая зараза, отъ которой очищаютъ кровью приносимыхъ въ жертву животныхъ, водою, также какъ грѣхъ у древнихъ персовъ представлялся въ видѣ «дьявола» нечистоты, котораго можно изгнать изъ тѣла окропленіемъ водой [3]).

Точно такъ же жители Car Nicobar лѣчатъ одержимыхъ, выгоняя изъ ихъ тѣла дьяволовъ, которыхъ они ударяютъ листьями. Дьяволы убѣгаютъ въ эти листья, которые потомъ бросаютъ въ море [4]).

У другихъ народовъ грѣхи умершихъ или грѣхи всего народа посредствомъ разныхъ обрядовъ переносятъ на животное (собаку, теленка, козла у евреевъ) и затѣмъ прогоняютъ послѣднее или истребляютъ съ той цѣлью, чтобы уничтожить самый грѣхъ [5]). Не отрицая, что и въ этихъ примитивныхъ отношеніяхъ замѣшаны человѣческіе интересы и человѣческая психологія, нельзя, однако, не замѣтить, что явленія природы играютъ въ нихъ преобладающую роль, реакція же противъ правонарушителей всецѣло есть дѣло ея законовъ. Въ этомъ смыслѣ и можно поддерживать то положеніе, что эти примитивныя отношенія основаны на законахъ матеріальной природы, независимы отъ убѣжденія или воли человѣческихъ союзовъ, есть въ извѣстномъ смыслѣ часть матеріальной природы.

Но, конечно, означенныя положенія не могли остаться безъ реакціи со стороны общества. Окружающіе имѣли непосредственный

[1]) Примѣры у Frazer, Psyche's task, 30—51.
[2]) Колеръ, 130—131.
[3]) Шантепи, 204; Вестермаркъ, I, 54—57.
[4]) Frazer, Psyche's task, 55—56.
[5]) Вестермаркъ, I, 52—55.

Digitized by Google

интересъ произвести ту или другую оцѣнку этимъ положеніямъ, созданнымъ физической природой и дѣйствіями человѣка уже потому, что послѣдствія правонарушенія падали вмѣстѣ съ преступникомъ и на нихъ. Неурожай, или эпидемія, или гнѣвъ убитаго, какъ послѣдствіе преступленія, было несчастіемъ не для одного преступника, а для всей общины [1]). Поэтому послѣдняя стремилась такъ или иначе урегулировать эти положенія, напр. ограничить власть королей, которые могли присвоить прикосновеніемъ чужую землю или домъ, позволяя имъ останавливаться и проживать только въ своихъ домахъ и на своей землѣ [2]). Въ другихъ случаяхъ община урегулировала сообразно практическимъ требованіямъ жизни тѣ формы физическаго общенія человѣка съ предметами, которыя должны стать источниками вещныхъ правъ (occupatio, обработка и т. д.). Изъ такого же желанія общины охранить себя отъ физическихъ послѣдствій правонарушенія, совершеннаго ихъ сочленомъ, возникла значительная часть постановленій, относящихся къ древнему уголовному праву. Точно такъ же первобытныя замѣстительства, возникшія на почвѣ единенія членовъ группы, были тонко и разумно урегулированы позднѣйшимъ правомъ.

Въ этомъ вмѣшательствѣ окружающихъ и въ регулированіи ими отношеній людей къ вещамъ и другъ къ другу уже имѣется почва для соціализаціи этихъ отношеній, для возникновенія новыхъ гарантій, для возникновенія нормъ права,— въ современномъ значеніи этого слова. Эти новыя гарантіи остаются впослѣдствіи единственными, когда падаетъ вѣра въ магическія силы мысли, слова и прикосновенія.

Изъ вышесказаннаго вытекаютъ слѣдующіе тезисы:

I. Съ успѣхами въ области этнологіи и исторіи религіи понятіе религіознаго расширяется. Послѣднее обозначаетъ не только вѣру въ боговъ или человѣкоподобныхъ духовъ, но и въ безличныя силы природы, и проблема вліянія религіозныхъ вѣрованій на право превращается въ вопросъ о вліяніи первобытныхъ представленій о природѣ и о человѣкѣ на развитіе права.

II. Яркой особенностью примитивнаго мышленія является неразличеніе субъективныхъ явленій отъ явленій объективнаго міра. Задуманная дѣйствительность создаетъ сама по себѣ объективную, особенно если подкрѣплена словомъ и жестомъ. Отсюда вѣра въ заговоры, заклинанія и магію.

III. Формальный характеръ заговора и молитвы, состоящій въ неизмѣнномъ порядкѣ словъ и дѣйствій, объясняется тѣмъ, что

[1]) Frazer, Psyche's task, стран. 42—44, 79—80.
[2]) На островахъ Таити, Frazer, Psyche's task, 9.

Digitized by Google

съ точки зрѣнія примитивнаго міросозерцанія, слова и дѣйствія такія же сущности, какъ и предметы видимаго міра, и также проникнуты безличными силами и духами, какъ весь міръ. Такъ какъ духи и безличныя силы, понимаемые до нѣкоторой степени антропоморфически, сердятся и угрожаютъ несчастіемъ, когда ихъ тревожатъ, то на этой почвѣ развивается опасеніе ихъ обезпокоить, нарушивъ порядокъ формальнаго акта.

IV. Малое развитіе индивидуальности и тѣсное сожительство членовъ примитивныхъ группъ (племени, клана, семьи) вело къ неразличенію во многихъ отношеніяхъ членовъ группы другъ отъ друга и отъ самой группы, при чемъ относящееся къ одному сочлену переносилось на другихъ и на самую группу. На этой почвѣ развились своеобразныя замѣстительства, отчасти характеризуемыя, какъ обычаи кувады.

V. Умершій, по вѣрованіямъ дикарей, живетъ своеобразной жизнью, вмѣшивается въ жизнь оставшихся родичей, вліяетъ на ихъ поведеніе и продолжаетъ считаться собственникомъ принадлежавшихъ ему вещей. Души предковъ возрождаются въ тѣлахъ ихъ потомковъ.

Культъ безличныхъ силъ проявляется въ клятвахъ и ордаліяхъ. Пріемы подражательной магіи, соединяемые съ заклятіями, сохранились во многихъ актахъ гражданскаго права и процесса.

VI. Юридическая формула древняго права является преемницей заговора и заклинанія. Магическій формализмъ предшествовалъ символическому. Вѣра въ наступленіе задуманной дѣйствительности могла явиться почвой для возникновенія примитивнаго обязательства.

Вышеупомянутыя семейныя и групповыя отношенія объясняютъ многія явленія въ области древняго родового быта, семейнаго и наслѣдственнаго права, а также и происхожденіе представленій о юридическомъ лицѣ.

По вѣрованіямъ дикарей, между человѣкомъ и предметами, съ коими онъ физически соприкасался, образуется магическая связь и взаимодѣйствіе. Эта физическая связь является источникомъ правъ на вещи. На помощь къ укрѣпленію правъ на вещи пришли магическіе обряды и заклинанія. Отсюда ненарушимость знаковъ собственности и межевыхъ знаковъ.

VII. Значеніе момента физическаго воздѣйствія, обнаружившееся въ римскомъ ученіи о владѣніи, традиція (traditio), въ послѣдствіи вещный договоръ, первоначально былъ магическимъ обрядомъ, имѣющимъ цѣлью установить магическую связь передаваемой вещи съ новымъ пріобрѣтателемъ, и разрушить прежнюю связь съ тра-

Digitized by Google

дентомъ. Въ представленіяхъ примитивныхъ народовъ принадлежащія человѣку вещи есть продолженіе его физической личности. Это сказывается, между прочимъ, въ правилѣ XII таблицъ: partis secanto.

VIII. Вѣра въ то, что умершій продолжаетъ жить особою жизнью среди людей, оставила слѣды въ гражданскомъ правѣ и процессѣ. Вѣрованіе въ переходъ душъ предковъ въ потомковъ повліяло на развитіе примитивнаго наслѣдственнаго права.

IX. Вѣра въ извѣстныя реакціи физической природы, возникающія по иниціативѣ человѣка или безъ его иниціативы, создала отношенія людей къ себѣ подобнымъ и къ вещамъ. Эти отношенія, гарантируя человѣку власть надъ вещами или другими людьми, исполняютъ функцію позднѣйшихъ правовыхъ нормъ и сами походятъ на субъективныя права въ нашемъ смыслѣ. Примитивныя представленія объ этихъ отношеніяхъ въ значительной степени относятся къ вѣрованіямъ въ извѣстныя силы и проявленія физической природы.

П. Бѣляевъ.

Digitized by Google

Къ вопросу о значеніи юриспруденціи въ римскомъ правѣ.

Когда особенно сильной критикѣ подвергается теорія и практика гражданскаго права, источникъ зла ищутъ нерѣдко въ зависимости современнаго правовѣдѣнія отъ Римскаго права. И въ настоящее время Римское право привлечено къ отвѣтственности теоретиками и практиками, объединившимися подъ девизомъ «свободнаго творчества судьи въ примѣненіи права», «freie Rechtssprechung»; но это не историческое Римское право, эпохи его расцвѣта; право т.-наз. классическаго періода неповинно въ томъ, въ чемъ видятъ результатъ упомянутой зависимости: въ чрезмѣрномъ подчиненіи суда формальнымъ нормамъ и формальной юридической логикѣ; напротивъ, это Римское право представляетъ собою наглядный примѣръ правовой системы, въ которой примѣненіе права силою вещей не могло исчерпываться пресловутымъ силлогизмомъ: бо́льшая посылка — законъ, меньшая — фактъ, заключеніе — подведеніе факта подъ велѣніе закона; самое состояніе источниковъ исключало всякую возможность догмы о томъ, что положительное право, законъ и обычай, охватываетъ всѣ возможные случаи, подлежащіе судебному разсмотрѣнію; судъ долженъ былъ, благодаря тому же состоянію источниковъ, примѣняя, творить право, а римскій процессъ давалъ къ тому полный просторъ. Но въ то же время мы находимъ въ Римѣ особое условіе возможности такого положенія дѣла: римскую юриспруденцію, имѣвшую совершенно своеобразное значеніе въ дѣлѣ примѣненія права. Позволю себѣ поэтому обратить вниманіе на нѣкоторые факты, иллюстрирующіе это значеніе.

По состоянію источниковъ гражданскаго права Римъ иногда сравниваютъ съ Англіей. Сравненіе вѣрно въ смыслѣ отсутствія болѣе или менѣе цѣльной системы законодательной нормировки частно-правовыхъ отношеній; только отдѣльные моменты изъ области этихъ отношеній подвергались регламентаціи законовъ.

Digitized by Google

Но въ Римѣ не выработалось ни совокупности нормъ обычнаго права, подобной англійскому «общему праву», ни практики судебныхъ прецедентовъ въ англійскомъ смыслѣ.

Обычай, какъ источникъ права[1]), упоминается уже въ концѣ республики, но не у юристовъ, а у философовъ и ораторовъ, очевидно подъ вліяніемъ греческихъ ученій о «неписанномъ законѣ». У юристовъ указанія на обычай сравнительно рѣдки. Они распадаются на двѣ группы: ссылки на обычай, какъ источникъ происхожденія нѣкоторыхъ институтовъ, и упоминаніе обычая въ числѣ источниковъ права въ мѣстахъ общаго характера, въ которыхъ трактовались источники права. Здѣсь мы находимъ даже какъ будто цѣлую своеобразную теорію обычнаго права: это право, созданное общенародной волей, отличающееся отъ закона лишь формой выраженія этой воли (Юліанъ); но именно такая конструкція показываетъ, что упомянутая теорія не отражаетъ въ себѣ никакого реальнаго факта: она была бы примѣнима развѣ къ общеимперскому обычному праву, а таковаго не было и не могло быть.

Обширная область, въ предѣлахъ которой могло бы развиться римское обычное право, почти вся заполнилась въ классическій періодъ нормами, непосредственный источникъ которыхъ былъ иной: преторскій эдиктъ и юриспруденція; въ эти формы отлился тотъ матеріалъ, который могъ бы образовать обычное право; эти формы были проводниками въ практику новыхъ юридическихъ идей, воззрѣній оборота и т. д. Непосредственно на долю consuetudo осталось немного мѣста: только въ трехъ случаяхъ засвидѣтельствовано происхожденіе нормъ римскаго гражданскаго права изъ этого источника (запрещеніе брака между лицами извѣстной степени родства, запрещеніе дареній между супругами, допущеніе пупиллярной субституціи)[2]). Въ остальныхъ случаяхъ если и встрѣчаются въ мотивировкахъ рѣшеній юристовъ ссылки на consuetudo, mos, mos regionis, то подъ этимъ должно разумѣть обычаи оборота, мѣстныя обыкновенія, — «usances», а не нормы «обычнаго права».

Судебный прецедентъ мы встрѣчаемъ въ ряду источниковъ права также у ораторовъ, но не у юристовъ. Если прецедентъ имѣлъ значеніе въ практикѣ, то только чрезъ посредство юриспруденціи; это легко объяснимо съ точки зрѣнія особенностей римскаго процесса: въ немъ не было условій для образованія судебной практики, хотя бы потому, что рѣшенія присяжныхъ не документировались. Иначе было въ процессѣ extra ordinem; и всѣ немногія указанія

[1]) О значеніи обычая въ римскомъ правѣ, Pernice, Parerga X., Zeitschrift der Savigny-Stiftung, XX, 126 и слѣд.

[2]) Pernice, указ. соч., 151.

Digitized by Google

на прецедентъ относятся именно къ практикѣ судовъ безъ участія присяжныхъ[1]).

Судебное рѣшеніе въ Римѣ постановлялъ присяжный судья. Формально онъ связанъ былъ только такъ называемой формулой, полученной отъ претора. Въ ней давалась юридическая квалификація спорнаго отношенія и дѣлались указанія на нормы, на которыхъ должно быть основано рѣшеніе; но эти указанія были настолько общи, что оставляли всегда извѣстный просторъ усмотрѣнію судьи: такъ было даже тамъ, гдѣ повидимому судья былъ болѣе всего стѣсненъ, въ формулахъ stricti juris. Въ права и обязанности судьи (officium judicis) входило не только установленіе и оцѣнка фактовъ, но также установленіе юридическаго принципа, непосредственно примѣнимаго къ данному конкретному случаю. Здѣсь судья предоставленъ былъ самому себѣ, не встрѣчая никакихъ формальныхъ ограниченій въ правѣ.

Судья, какъ и преторъ, былъ подчиненъ закону, — вѣрность законамъ, повидимому, входила въ содержаніе присяги, приносимой судьей [2]); но никакихъ нормъ, опредѣлявшихъ дѣятельность судьи въ этомъ направленіи, до насъ не дошло; мы не знаемъ никакихъ процессуальныхъ средствъ, которыя обезпечивали бы закономѣрность рѣшенія, если только оно было постановлено безъ нарушенія инструкціи, заключавшейся въ формулѣ; обжалованіе судебныхъ рѣшеній, постановленныхъ присяжнымъ судомъ, вообще не допускалось ни по существу, ни съ точки зрѣнія законности.

Эта свобода ставила судью нерѣдко въ очень затруднительное положеніе. Отсутствіе законодательнаго кодекса, отсутствіе принявшихъ опредѣленную форму нормъ обычнаго права, практики прецедентовъ и судебной практики въ собственномъ смыслѣ затрудняло судью какъ въ отысканіи общей нормы, такъ и въ установленіи юридическаго принципа, непосредственно примѣнимаго въ данномъ случаѣ; этимъ между прочимъ объясняется обычай судей окружать себя совѣтниками при разборѣ дѣла; но главнымъ способомъ разрѣшенія затрудненій было обращеніе къ помощи юристовъ, съ просьбой дать «responsum».

Дѣятельность юристовъ при господствѣ древняго легисакціоннаго процесса, носившая характерное названіе «посредничества» (interpretatio), укоренила убѣжденіе, что законъ нельзя примѣнить непосредственно; законъ даетъ только опредѣленныя указанія, приказы и запреты, а для осуществленія ихъ нужно установить

---

[1]) Pernice, указ. соч., 144.

[2]) Такъ можно заключить, по крайней мѣрѣ, относительно процессуальныхъ законовъ изъ Cicero, De officiis, §§ 43, 44; Pernice, указ. соч. 146.

Digitized by Google

приспособленный для каждаго типа случаевъ принципъ, лишь такъ или иначе выводимый изъ закона; извѣстно, какую работу при этомъ исполняла римская юриспруденція, стремясь удовлетворить потребности оборота при сохраненіи основного правила древняго права: только та претензія можетъ быть осуществлена, для которой есть точка опоры въ законѣ. Эта работа требовала спеціализаціи юридическаго искусства и знаній; въ то же время она привела къ представленію, что juris periti — спеціалисты, которымъ не спеціалистъ такъ же принужденъ вѣрить, какъ врачамъ, техникамъ и другимъ спеціалистамъ. Развитіе формулярнаго процесса еще болѣе усилило и углубило значеніе практической дѣятельности юристовъ, измѣнивъ только ея форму: не нужно было составлять, какъ прежде, отдѣльные legis actiones, но попрежнему юристамъ приходилось устанавливать принципы для рѣшенія типическихъ случаевъ; только теперь они прежде всего должны были принимать во вниманіе преторскій эдиктъ, который могъ отклоняться отъ закона. Но эдиктъ оставлялъ юристу столько же свободы, сколько формула — присяжному судьѣ.

Чѣмъ же руководствовались юристы, когда не находили матеріала для отвѣтовъ на подлежавшіе ихъ сужденію вопросы въ эдиктѣ и законѣ? Прежде всего тѣмъ матеріаломъ, изъ котораго могло бы при иныхъ условіяхъ развиться обычное право: юристы считали обязательными стародавнія формы актовъ, поскольку ихъ примѣнялъ оборотъ, нѣкоторыя традиціонныя положенія, унаслѣдованныя отъ предшественниковъ — частію еще отъ жрецовъ (понтификовъ), — элементы «jus civile» въ смыслѣ положительныхъ національныхъ началъ. Но затѣмъ, среди общаго хода культурнаго развитія Рима, подъ вліяніемъ греческой философіи, римскіе юристы выработали новыя правила и пріемы примѣненія права. Основнымъ принципомъ новыхъ пріемовъ послужило толкованіе закона и примѣненіе всякихъ вообще формально-обязательныхъ нормъ согласно «aequitas», справедливости; римская же aequitas соотвѣтствовала понятію *τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον*, установленному Аристотелемъ: отдѣльные случаи должны быть обсуждаемы такъ, какъ обсудилъ бы самъ законодатель, если бы могъ предвидѣть всѣ индивидуальныя особенности каждаго случая; законъ должно толковать не по его формально-логическому смыслу, но по соотвѣтствію съ особенностями даннаго конкретнаго случая[1]).

[1]) Géza Kiss, въ «Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie», III (1909), стран. 533 и слѣд., особ. 540; см. его же статью въ «Iherings Jahrbücher», т. LVIII, стран. 419 и слѣд. и Kipp въ «Paly-Wyssowa Realencyclopedie, s. v. Aequitas. Ср. матеріалъ источниковъ, обработанной у Хвостова, опытъ характеристики понятій aequitas и aequum jus, 1891.

Digitized by Google

Обсуждая какъ дѣйствительные случаи изъ практики, такъ и извѣстные типы случаевъ, юристы принимали во вниманіе результаты наблюденій надъ жизненными отношеніями, воззрѣнія оборота; наконецъ, юристы считали обязательными для своей дѣятельности нѣкоторыя высшія начала нравственности и справедливости, изъ которыхъ они выводили постулаты для поведенія человѣка въ обществѣ, а изъ общихъ постулатовъ выводились болѣе частные, напр. знаменитый принципъ «древнихъ»: «никто не долженъ обогащаться съ ущербомъ для другого».

Вырабатывавшіяся на такихъ началахъ правила часто не имѣли никакой формально-обязательной силы, но они имѣли значеніе принциповъ юридической науки и юридическаго искусства, legis artis. Юристы были спеціалистами, которымъ однимъ доступно искусство надлежащаго примѣненія права; юриспруденція имѣла такое же общественное значеніе, какъ всякія спеціальныя знанія; заключенія юристовъ — ихъ «responsa», — имѣли значеніе заключеній свѣдущихъ людей. Юристы должны были играть даже большую роль въ общественной жизни, чѣмъ прочіе спеціалисты; и дѣйствительно, ихъ роль и вліяніе въ обществѣ были очень велики по прямымъ свидѣтельствамъ источниковъ, и вліяніе ихъ, какъ показываютъ тѣ же источники, покоилось на глубокомъ уваженіи и довѣріи къ ихъ дѣятельности.

Къ юристамъ обращались за заключеніями и стороны въ процессѣ, и судья по своей иниціативѣ; обращался и преторъ какъ при отдѣльныхъ актахъ судебной дѣятельности, такъ и при изданіи эдикта. Въ юриспруденціи были налицо условія для образованія традицій; преемственность знаній и искусства достигалась и устной передачей, прежде всего при обученіи праву, и письменной, сначала въ видѣ записи отдѣльныхъ положеній и отдѣльныхъ рѣшеній, впослѣдствіи въ видѣ разнообразной юридической литературы; въ юриспруденціи сохранялись и важныя рѣшенія судовъ. Юриспруденція поэтому заступала то мѣсто, которое могло бы принадлежать судебной практикѣ.

До конца республики значеніе responsa юристовъ основывалось исключительно на общественномъ довѣріи къ нимъ, какъ къ спеціалистамъ. Несмотря на высокій уровень юриспруденціи, не могли не чувствоваться недостатки такого положенія дѣла, при которомъ послѣднимъ основаніемъ для судебной практики являлись принципы науки, морали и юридической техники: не были въ силахъ юристы установить такія безспорныя, незыблемыя начала, которыя устраняли бы сомнѣнія и разногласія и обезпечивали бы достаточную устойчивость практики. Responsa отдѣльныхъ юри-

Digitized by Google

стовъ, пользовавшихся равнымъ авторитетомъ, противорѣчили другъ другу. Уже Цезарь обратилъ на это вниманіе и предположилъ изданіе гражданскаго кодекса. Августъ прибѣгъ къ несравненно болѣе скромной мѣрѣ: онъ рѣшилъ предоставлять отдѣльнымъ юристамъ, по своему усмотрѣнію, право давать заключенія ex auctoritate principis. Явились, такимъ образомъ, офиціальные, дипломированные юристы, обладавшіе такъ-назыв. jus respondendi.

Намъ не вполнѣ ясна ни исторія этого явленія, ни его сущность; особенно много споровъ вызываетъ извѣстное мѣсто Гая о значеніи responsa и мѣропріятій императора Адріана. (Gai I, 7):

«Заключенія юристовъ (responsa prudentium) суть рѣшенія и мнѣнія (sententiae et opiniones) тѣхъ, кому дозволено формулировать юридическія положенія (quibus permissum est jura condere); если они всѣ сходятся на одномъ рѣшеніи, то такое ихъ рѣшеніе равносильно закону; если же юристы расходятся между собою, судьѣ дозволяется слѣдовать тому рѣшенію, какому захочетъ; такъ именно значится въ рескриптѣ блаженной памяти Адріана».

Неясно, имѣетъ ли въ виду Гай только «responsa», отдѣльныя заключенія, даваемыя заинтересованнымъ лицамъ, или всѣ вообще мнѣнія всѣхъ юристовъ, извѣстныя изъ литературы. Послѣднее ближе къ тексту Гая, но вызываетъ рядъ сомнѣній, приведшихъ извѣстнаго знатока римскихъ источниковъ права къ заключенію, что Гай смѣшалъ значеніе понятій «communis opinio» и responsum[1]).

Не поможетъ ли выясненію дѣла сближеніе (о полномъ сходствѣ, конечно, не можетъ быть рѣчи) responsa prudentium съ заключеніемъ свѣдущихъ людей?

Каковъ бы ни былъ смыслъ мѣропріятія Августа, несомнѣнно одно: съ развитіемъ новаго строя право ex auctoritate principis respondere привело къ тому, что на судѣ офиціальное значеніе получили заключенія только привилегированныхъ юристовъ. Не будетъ въ противорѣчіи съ источниками предположеніе, что до Адріана установилось правило: судъ имѣетъ право руководиться только responsa привилегированныхъ юристовъ. — Какъ ни велика была индивидуальность отдѣльныхъ юристовъ, въ юриспруденціи существовала традиція, внутри которой образовывались постепенно общепринятыя положенія; юристы клали въ основаніе своихъ responsa communis opinio. Адріанъ и постановилъ, что эти общепринятыя положенія должны имѣть силу закона, въ чемъ бы они ни выражались: въ консультаціяхъ или въ литературѣ; если же были на судѣ представлены заключенія или мнѣнія

[1]) P. Krüger, Geschichte der Quellen, etc., 1912, стран. 124.

Digitized by Google

несходныя между собой, они всѣ имѣли равный авторитетъ, и судья могъ сдѣлать между ними выборъ по своему усмотрѣнію.

Jus respondendi заключало въ себѣ офиціальное признаніе того, что юристы, давая свои заключенія, творятъ право; кому даровано было jus respondendi, тому было «permissum jura condere», поэтому Гай могъ помѣстить въ число источниковъ «писаннаго права» и responsa prudentium. Въ то же время институтъ этотъ, сузивъ кругъ юристовъ, могущихъ вліять на судебную практику, усилилъ значеніе ихъ, какъ носителей традицій, и сдѣлалъ изъ нихъ нѣчто въ родѣ органа единообразія и устойчивости правосудія. Вмѣстѣ съ претурой, римская юриспруденція въ ея своеобразномъ значеніи заступала мѣсто тѣхъ средствъ, при помощи которыхъ современное право стремится обезпечить начало законности и единообразіе въ судебной практикѣ.

С. Сабининъ.

Digitized by Google

Петръ Павловичъ Цитовичъ.

Краткая характеристика его научной дѣятельности.
(1844—1913.)

Имя скончавшагося 19 октября этого года Петра Павловича Цитовича когда-то гремѣло далеко за предѣлами юридическихъ круговъ. Молодой профессоръ, блестящій лекторъ, любимецъ студенчества, въ отвѣтъ на отзывъ «Отечественныхъ Записокъ» о его рецензіи на книгу А. С. Посникова, выпускаетъ въ 1878 году отдѣльною брошюрою—«Отвѣтъ на письма къ ученымъ людямъ»—рѣзкій и злобный памфлетъ противъ не только революціонныхъ, но и вообще передовыхъ теченій того времени. Въ нихъ онъ отказывается видѣть что-либо хорошее и объясняетъ ихъ происхожденіе такъ: «они вызваны старыми инстинктами, созданными пережитымъ Россіей крѣпостничествомъ, а для обоснованія этихъ инстинктовъ создана новыми людьми особая идеологія, съ пятью источниками этого новаго слова: послѣдніе выводы науки, теорія рефлексовъ головного мозга (уничтоженіе совѣсти), рабочій вопросъ (идеологія бездѣльничанія и лѣности), общинное владѣніе и женскій вопросъ. Особенно много удѣляется вниманія послѣднему, который П. П. Цитовичу представляется только, какъ требованіе «promiscuitatis». Затѣмъ слѣдуютъ: «Хрестоматія новаго слова»: I. «Что дѣлали въ романѣ «Что дѣлать». Одесса, 1879 г., изображающая весь романъ, какъ апологію свальнаго грѣха, и Объясненіе по поводу внутренняго обозрѣнія «Вѣстника Европы» 1878 г., № 12, гдѣ въ болѣе умѣренномъ тонѣ онъ полемизируетъ съ обозрѣвателемъ этого журнала, давшаго нелестную оцѣнку первой брошюрѣ. На П. П. обращаютъ вниманіе, его причисляютъ къ Министерству Внутреннихъ Дѣлъ, и онъ переселяется въ Петербургъ въ качествѣ редактора офиціоза «Берегъ». Какъ неожиданно и стремительно совершилось превращеніе профессора въ офиціознаго редактора, такъ же быстро и неожиданно П. П. бросаетъ это редакторство и даже исчезаетъ за-границу. Дѣло будущаго историка политической мысли въ Россіи выяснить эту полосу

Digitized by Google

жизни П. П. Будущій историкъ не забудетъ при этомъ указать психологическія ея причины: чрезвычайную страстность и горячность характера П. П. и пережитыя имъ событія въ области того, что принято называть личной жизнью. Не забудетъ будущій историкъ отмѣтить и личную искренность П. П. въ его ядовитыхъ писаніяхъ, большой успѣхъ нѣкоторыхъ изъ нихъ (8 изданій первой брошюры), успѣхъ, обыкновенно не выпадающій на долю офиціозной литературы. Какъ ни грубы обобщенія Цитовича, но и будущій историкъ, вѣроятно, будетъ только не все, а лишь нѣкоторые эксцессы объяснять причиной, указанной П. П.— вліяніемъ на всѣ классы общества, а не на одно дворянство и крестьянъ только что пережитого крѣпостного права. Будущій историкъ не забудетъ отмѣтить, у какого правительства П. П. выступалъ офиціозомъ — у верховной распорядительной комиссіи графа Лорисъ-Меликова. Отмѣтитъ онъ и программную передовицу № 1 «Берега» (15 марта 1880 г.), въ которой Цитовичъ считалъ объединяющимъ консерваторовъ съ либералами то, что и консерваторы не сѣтуютъ на упраздненіе крѣпостного права, не выражаютъ «желанія вернуться къ старымъ судебнымъ порядкамъ, прекратить или пріостановить дѣйствіе земскаго и городового положенія, оставить общую воинскую повинность, ввести тѣлесныя наказанія и т. п.». Отмѣтитъ онъ и то, что Цитовичу стало быстро невмоготу вести офиціозъ и онъ уѣхалъ за-границу искать забвенія отъ пережитаго (ср. Камнина, «Петръ Павловичъ Цитовичъ». «Право» 1913 г., № 44, стран. 2527). Все это дѣло политическаго историка.

Наше дѣло и обязанность вспомнить Цитовича, какъ первокласснаго русскаго цивилиста-ученаго. Ученикъ С. В. Пахмана по Харьковскому университету, онъ тамъ же пріобрѣтаетъ обѣ ученыя степени. Чтобы отдохнуть отъ исторіи съ его докторской работой («Деньги въ области гражданскаго права»), недавно раскрытой А. И. Камнинкой въ «Правѣ» (тамъ же, стран. 2525), исторіи чрезвычайно характерной для легко раздражающейся личности П. П., упорно идущаго въ своемъ раздраженіи, а затѣмъ спохватывающагося и отстраняющагося, онъ переходитъ доцентомъ, а затѣмъ профессоромъ въ Одессу. Тамъ онъ выпускаетъ «Курсъ русскаго гражданскаго права», т. I, вып. 1. Одесса, 1878 г., 128 стран. и два выпуска «Лекцій по торговому праву». Шестилѣтняя преподавательская дѣятельность въ Новороссійскомъ университетѣ (1873—1879 гг.) прерывается переѣздомъ въ Петербургъ, скитаніемъ за-границей и возобновляется въ 1884 году назначеніемъ въ Кіевъ на вновь созданную университетскимъ уставомъ 1884 года каѳедру торговаго

Digitized by Google

права. Здѣсь онъ выпускаетъ составляющіе главную его ученую славу: «Очеркъ основныхъ понятій торговаго права» 1886 г., первое законченное руководство по русскому торговому праву, переработанный затѣмъ въ «Учебникъ торговаго права», 1891 года, вып. I, и «Курсъ вексельнаго права», 1887 г. Изъ Кіева же (1887 г.) онъ выступаетъ съ рѣзкой критикой проекта вексельнаго устава Тура. Сначала въ докладѣ въ юридическомъ обществѣ, а затѣмъ въ особой брошюрѣ «Вексель и задачи его кодификаціи въ Россіи, проектъ новаго устава о векселяхъ въ его происхожденіи, системѣ, основаніи редакціи и негодности». Брошюра эта сильно напоминаетъ политическіе памфлеты П. П. конца 70-хъ годовъ. Она непріятно поражаетъ особеннымъ ударепіемъ на нѣмецкія фамиліи составителей проекта. So, meine Herren, обращается онъ къ нимъ. Весь проектъ объявляется «не серьезной работой озабоченнаго своимъ предметомъ законодателя», а ни болѣе ни менѣе, какъ «вздутымъ самодовольнымъ Schwindel особой спеціальности промыслового кодификаторства» (56), при чемъ заразившимися этимъ же Schwindel объявлены и Министерство Финансовъ и Министерство Юстиціи. Ни защита проекта его авторами, ни не особенно благосклонный пріемъ брошюры Цитовича въ юридической литературѣ (ср. рецензію Р. Ю. («Юрид. Вѣсти.» 1887 г., т. XXVI, стран. 309: «достоинство работы комиссіи мало пострадаетъ отъ такихъ брошюръ, какъ произведеніе г. Цитовича съ его грубой бранью и вульгарнымъ остроумiемъ») не спасли проекта комиссіи. Ему не пришлось быть закономъ и выработать новый проектъ былъ приглашенъ не кто другой, какъ самъ П. П. Цитовичъ, назначенный въ 1894 году членомъ совѣта министра финансовъ. Проектъ Цитовича вызвалъ въ свою очередь сильное нападеніе, особенно со стороны сенатора Киприма, принимавшаго участіе въ работахъ комиссіи Тура, на что П. П. опять отвѣтилъ брошюрою рѣзкаго тона: «Къ вопросу о вексельномъ уставѣ». С.-Пб. 1895 г., 144 стран. Въ Петербургѣ П. П. принимаетъ участіе въ разработкѣ ряда и другихъ законопроектовъ. Болѣе важнымъ изъ нихъ не суждено было пока стать законами; нѣкоторые изъ нихъ даютъ много цѣннаго, даже, какъ матеріалы, особенно законопроектъ объ акціонерныхъ компаніяхъ — вопросъ, занимавшій П. П. Цитовича съ молодости (обширная статья П. П. въ «Журналѣ гражд. и уголовнаго права», еще въ 1873 г., №№ 3 и 6 и 1874 г., № 2) и оригинальный проектъ торговой регистраціи при отдѣленіяхъ государственнаго банка. Занявъ каѳедру торговаго права въ Петербургѣ, онъ еще разъ перерабатываетъ для своихъ слушателей свои учебники торговаго права: «Очерки по теоріи торговаго права», 1902 г., въ 4 выпускахъ,

Digitized by Google

которые захватываютъ и вексельное и морское право. Весьма характерно, что въ эпоху 1905 и слѣдующихъ годовъ П. П. Цитовичъ воздержался отъ какихъ бы то ни было политическихъ выступленій, несмотря на еще полное сохраненіе своихъ силъ. Смерть застала его 69 лѣтъ въ должности сенатора судебнаго департамента, на которую онъ, конечно, давно имѣлъ право, но которую онъ получилъ тогда, когда тяжелая болѣзнь—ракъ желудка—не давала уже ему возможности послужить торговому праву, глубокимъ знатокомъ котораго онъ былъ еще и въ качествѣ высшаго судьи.

Обращаясь къ научной личности П. П., прежде всего поражаешься его природнымъ талантомъ къ цивилистикѣ. Цитовичъ—одинъ изъ самыхъ тонкихъ догматиковъ-цивилистовъ, которыми мы только обладали. Притомъ онъ—догматикъ, превосходно видящій не только самыя правовыя нормы, но ихъ экономическую подкладку и ихъ значеніе въ практической жизни. Цитовича всегда влекло къ экономіи, чуть ли не первой его работой явился переводъ извѣстной брошюры Данкварта: «Гражданское право и общественная экономія» (1866 г.). За немногими исключеніями всѣ его работы относятся къ области торговаго права, гдѣ эта связь особенно чувствуется. Онъ хвалитъ учебникъ Эндемана, «какъ попытку ввести въ юридическія опредѣленія экономическое содержаніе» («Очеркъ» 18); онъ жалуется въ I выпускѣ «Лекцій» на отсутствіе у него подъ руками въ Одессѣ учебника знаменитаго Гольдшмита, учебника «безпримѣрнаго», между прочимъ, «по эрудиціи автора въ экономическихъ наукахъ» («Очеркъ» 17); да и все гражданское право для него только право экономическаго оборота[1]) (у Цитовича «Verkehr» переведено не точно—распредѣленіе; ср. «Курсъ русскаго гражданскаго права», стран. 5 слѣд. и Г. Ф. Шершеневича «Наука гражданскаго права въ Россіи». Казань, 1893 г., стран. 133). Въ то же время онъ умѣетъ всегда отличать собственно экономическую точку зрѣнія отъ юридической, на что обратилъ вниманіе уже критикъ его «Денегъ» С. М.— несомнѣнно иниціалы нашего знаменитаго романиста и общественнаго дѣятеля («Юрид. Вѣстникъ», 1873 г., декабрь, стран. 10). Всѣми этими достоинствами отличался, можетъ быть, даже въ большей степени другой нашъ коммерсіалистъ, много болѣе молодой, чѣмъ П. П. Цитовичъ и имѣющій, все-таки, даже больше Цитовича правъ на титулъ «отца»

---

[1]) Нѣсколько мягче: «то (т.-е. гражданское) и другое (торговое) — исключительно опредѣляютъ имущественный союзъ (режимъ) данной страны». Цитовичъ, Къ вопросу о сліяніи торговаго права съ гражданскимъ. «Право», 1900 г., стран. 967.

Digitized by Google

науки торговаго права въ Россіи, приложенный недавно къ Цитовичу проф. А. С. Невзоровымъ («Юрид. Извѣстія», 1913 г., № 7, стран. 304) — Шершеневичъ. По своему умственному складу Г. Ф. Шершеневичъ и П. П. Цитовичъ рѣзко другъ отъ друга отличаются. Г. Ф. Шершеневичъ—догматикъ-аналитикъ, П. П. Цитовичъ—догматикъ, мыслящій геометрически. Представленія Шершеневича о каждомъ догматическомъ институтѣ облекаются въ форму строгихъ опредѣленій, гдѣ тщательно анализированъ каждый отдѣльный признакъ. Каждое опредѣленіе Г. Ф. Шершеневича алгебраическая точная формула. Понятно, поэтому, какъ много труда посвящаетъ Г. Ф. Шершеневичъ, чтобы выбрать правильную конструкцію, теорію того или другого института. Цитовичъ мыслитъ стереометрически, онъ какъ бы видитъ разныя юридическія явленія. Тонкій критикъ, онъ легко подмѣчаетъ промахи разныхъ конструкцій, однимъ-двумя словами[1]) онъ мѣтко попадаетъ въ самое больное ихъ мѣсто, но онъ совершенно не заботится послѣ этого указать, какую теорію онъ считаетъ наиболѣе правильной, или сочинить свою собственную конструкцію. Его опредѣленія—не опредѣленія съ тщательно проанализированнымъ каждымъ членомъ. Онъ даетъ наглядныя красочныя описанія, какъ бы тѣлъ внѣшняго міра, описанія образныя, выполненныя своимъ особымъ языкомъ, часто пользуясь (одинъ изъ любимыхъ пріемовъ П. П.) введеніемъ въ это опредѣленіе значенія слова, которымъ называется институтъ, указанія на то, почему когда-то приложили къ этому институту его названіе[2]). Вотъ одно изъ характерныхъ описаній Цитовича. Рѣчь идетъ о томъ, «что торговое предпріятіе есть связанный комплексъ имуществъ» «съ особой юридической индивидуальностью»: «въ самомъ дѣлѣ, торговля а) имѣетъ свой «ходъ»; б) этотъ ходъ продолжается и тогда, когда хозяинъ уже пересталъ «ходить» (смерть); в) этотъ «ходъ» можетъ быть удержанъ, между прочимъ,

---

[1]) Сказать кстати, всѣ научныя работы Цитовича отличаются чрезвычайной сжатостью, краткостью, напр., его «Очеркъ» имѣетъ всего 248 страницъ, «Учебникъ» — 300, «Курсъ векс. права» — 336 стран., чего совсѣмъ нельзя сказать о его памфлетахъ и памфлетнаго тона критикахъ въ томъ числѣ, даже объ офиціальныхъ рецензіяхъ, въ родѣ отзыва о—по общему, впрочемъ, признанію (ср. Шершеневичъ, Наука гражд. права, стран. 174)—слабой книгѣ проф. И. Табашникова, Прошлое векселя; П. Цитовичъ, Къ исторіи векселя, «Университетскія Извѣстія». Кіевъ, 1893 г. Отвѣтомъ на эту рецензію была брошюра Табашникова, Прошлая ученая дѣятельность цивилиста П. П. Цитовича. Одесса, 1896 г., гдѣ на 109 страницахъ Табашниковъ стремится доказать путемъ пристрастнаго разбора почти всѣхъ произведеній Цитовича ихъ научную несостоятельность.

[2]) Напр., «Тамъ (за границей) тратта есть орудіе перевода, перемѣщенія, перетяги (trahere, trarre, tirer, beziehen, draw, girar) цѣнностей (валютъ) изъ распоряженій одного лица въ распоряженіе другого». «Вексель», 30; ср. также опредѣленіе процесса, «Гражданскій процессъ», 1892 г., стран. 1 и т. д.

Digitized by Google

такимъ посмертнымъ распоряженіемъ хозяина, которое непохоже на завѣщаніе; г) лица, опредѣленныя для содѣйствія хозяину, оказываются состоящими не при лицѣ хозяина, а при торговлѣ. Торговля поэтому не «разстраивается», дѣйствія совершаются и послѣ смерти хозяина; кто ихъ совершаетъ, вѣрнѣе, для кого и за кого они совершаются? Совершаетъ ихъ (черезъ другихъ) сама торговля: она сама «продолжаетъ свои дѣйствія», торговля какъ бы признана юридическимъ лицомъ. Наконецъ, оказывается, что торговлю можно «наслѣдовать»; если можно наслѣдовать по закону, можно наслѣдовать и по завѣщанію. Но если торговля можетъ быть предметомъ права наслѣдовать, она можетъ быть предметомъ и другихъ сдѣлокъ, возмездныхъ или безмездныхъ. Значитъ, какъ масса имущества (fonds de commerce), торговля есть имущество назначенное, имущество цѣли (Zweckvermögen), относительно котораго der Gehörpunkt распадается на двѣ части: Wem и Wofür. Значитъ, далѣе, торговля, какъ цѣлое, имѣетъ свою осѣдлость, свое мѣсто жительства, далеко не всегда совпадающее съ гражданскимъ мѣстомъ жительства своего хозяина, она имѣетъ свое имя, заимствованное отъ гражданскаго хозяина, не всегда съ нимъ одинаковое. Но полная разъединенность торговыхъ кредиторовъ и должниковъ отъ неторговыхъ пока не признана, хотя она была признана для peculium какъ merx peculiaris»[1]). Все это такъ живо, выпукло и красочно рисуетъ обособленность торговаго предпріятія, какъ никакое точное его опредѣленіе, но въ то же самое время читатель-аналитикъ замѣтитъ, что, при всей поразительной красочности и тѣлесности картины, края ея расплывчаты, съ одной стороны, это какъ будто бы юридическое лицо, съ другой—это только имущество. Не надо думать, что П. П. Цитовичъ, упоминая здѣсь Брянцево цѣлевое имущество, самъ такъ опредѣляетъ понятіе юридическаго лица,—нѣтъ, онъ неоднократно говоритъ о немъ и какъ о фикціи, ярко противопоставляя лицъ-фикцій—лицамъ-людямъ («Гражд. процессъ», 10). И не даромъ въ лежащемъ сейчасъ у меня передъ глазами экземплярѣ «Очерка», принадлежащемъ проф. бар. А. А. Симолину и принадлежавшемъ когда-то Г. Ф. Шершеневичу, рукой послѣдняго поставленъ знакъ вопроса около этой неясности. Расплывчатость контуровъ и удивительныхъ по яркости образовъ Цитовича объясняется еще одной особенностью его ума. Для него всѣ эти юридическіе институты

---

[1]) «Очеркъ», стран. 59; я еще опускаю сноски, которыя также характерны, онѣ подтверждаютъ мысль текста ссылками на разныя законодательства; сравни «Учебникъ», стран. 58, гдѣ текстъ вообще болѣе освобожденъ отъ введенія въ него иностранныхъ словъ.

Digitized by Google

живы, они измѣняются постоянно, поймать ихъ въ «послѣднее слово науки» задача невозможная. Въ своемъ некрологѣ П. П. Цитовича хорошо подчеркнулъ это А. И. Каминка («Право», 1913 г., № 44, стран. 2529). Справедливо указываетъ проф. А. И. Каминка, что въ результатѣ этого Цитовичъ иногда почти мимоходомъ открываетъ новыя перспективы. Дѣло идетъ, въ частности, о его взглядѣ на виндикацію бумагъ на предъявителя и денегъ. Съ другой стороны, какъ разъ по поводу тѣхъ же самыхъ «Денегъ» послалъ укоръ Цитовичу въ напрасномъ отверженіи установившихся догматическихъ конструкцій не кто другой, какъ С. М., котораго никакъ нельзя причислить къ догматикамъ чистой воды, однако, и его[1]), отрицателя научности догматики, покоробило чрезмѣрное удареніе въ догматической работѣ текучести всего существующаго. Таковы основныя черты П. П. Цитовича, какъ догматика. Заслуги его въ той области, которой онъ почти исключительно занимался, — въ торговомъ правѣ — дѣйствительно велики. Прежде всего ему принадлежитъ у насъ первый опытъ догматическаго курса русскаго торговаго права, и при томъ какъ науки права частнаго, очищенной отъ полицейскаго элемента. Два выпуска его лекцій, доводившіе, правда, изложеніе только до ученія о представительствѣ, были, какъ выражается Г. Ф. Шершеневичъ, добровольнымъ приношеніемъ на пользу науки («Журн. гр. и уг. права», 1888 г., кн. 3, стран. 76), такъ какъ тогда не было еще каѳедръ торговаго права: книга являлась стенографической записью лекцій необязательнаго курса торговаго права, открытаго П. П. Цитовичемъ въ Новороссійскомъ университетѣ. Лекціи встрѣтили въ нашей литературѣ чрезвычайно сочувственный пріемъ. «Книга г. Цитовича написана оригинальнымъ, живымъ слогомъ, ясно и увлекательно и составляетъ безспорно одно изъ замѣчательнѣйшихъ явленій въ нашей литературѣ» («Журн. гр. и уг. права», 1874 г., кн. 2, стран. 277), писалъ о ней тогдашнее свѣтило нашей цивилистики Кр. Малышевъ и не менѣе лестно отозвался о ней анонимный критикъ «Судебнаго Вѣстника», весьма возможно, самъ его редакторъ Думашевскій («Суд. Вѣст.», 1874 г., №№ 42 и 100). Оба критика ставили и одинъ и тотъ же упрекъ — ихъ осужденіе вызывало сознательное неиспользованіе П. П. Цитовичемъ судебной практики. На каѳедрѣ торговаго права въ Кіевѣ П. П. Цитовичъ выпускаетъ «Очеркъ торговаго права» — первый русскій курсъ торговаго права въ узкомъ смыслѣ этого слова, т.-е. безъ морского и вексельнаго. Вышелъ онъ въ свѣтъ въ 1886 году и вызвалъ одну большую и

[1]) Правда въ рецензіи, написанной еще въ 1873 г., «Юрид. Вѣстникъ», декабрь, стран. 11.

Digitized by Google

при томъ весьма неблагопріятную рецензію только начинавшаго тогда ученую дѣятельность молодого и блестящаго приватъ-доцента Казанскаго университета Г. Ф. Шершеневича. Въ ней («Журналъ гр. и уг. права», 1888 г., кн. 3, стран. 75—91) Шершеневичъ указываетъ на цѣлый рядъ промаховъ Цитовича то въ толкованіи тѣхъ или другихъ статей, то въ опущеніи практики, а главнымъ образомъ въ томъ, что очеркъ Цитовича является какъ бы интернаціональнымъ, не видно, какое положительное право положено въ его основу; само же русское по большей части даже загнано въ примѣчанія. Появленіе этой рецензіи вполнѣ понятно. Я уже говорилъ о рѣзкомъ различіи догматическаго мышленія Г. Ф. Шершеневича и П. П. Цитовича. Тонкаго аналитика, догматика-позитивиста, которому такъ нуженъ авторитетъ нормативнаго факта, Г. Ф. Шершеневича раздражали неточные образы Цитовича, раздражалъ даже самый языкъ. Недаромъ современное языкознаніе учитъ, что чѣмъ дальше слово отходитъ отъ первоначальнаго конкретнаго образа, который оно когда-то обозначало, тѣмъ болѣе оно становится пригоднымъ для строго научнаго опредѣленія понятій, что конкретный образъ мѣшаетъ этой научности. Любопытно, что съ годами отношеніе Шершеневича становилось все болѣе мягкимъ къ П. П. Цитовичу, онъ все болѣе цѣнитъ имъ сдѣланное, стали мягче и начальные его отзывы о Цитовичѣ и въ «Наукѣ гражданскаго права», гдѣ на стран. 192 онъ признаетъ, что въ дѣлѣ постановки у насъ торговаго права особенная заслуга принадлежитъ профессору Цитовичу, и въ его рецензіи на «Учебникъ» — «мы должны признать, разумѣется, что «Учебникъ торговаго права» проф. Цитовича, превосходя во многомъ предшествующіе его труды въ этой области, можетъ служить прекраснымъ руководствомъ для ознакомленія съ этою спеціальною отраслью гражданскаго права» («Журналъ гр. и уг. права», 1892 г., кн. 1, стран. 110). Еще болѣе любопытно отношеніе самого Цитовича къ Шершеневичу. Для современнаго читателя Г. Ф. Шершеневичъ — первый авторитетъ въ торговомъ правѣ, но, когда онъ писалъ свою критику на «Очеркъ» Цитовича, онъ былъ начинающимъ ученымъ безъ имени. Его магистерская диссертація прошла мало замѣченной, и только недавно получила авторитетное признаніе въ статьѣ А. Э. Вормса («Юрид. Вѣстникъ», Проф. Г. Ф. Шершеневичъ, какъ коммерсіалистъ, Кн. I стран. 136—140), а у Цитовича было уже имя немалое. Но въ одной изъ непріятныхъ своихъ брошюръ «Къ вопросу о вексельномъ уставѣ» Цитовичъ говоритъ: «по предметамъ (доступнаго мнѣ) пониманія не признаю никакихъ и ничьихъ авторитетовъ, а всего менѣе признаю авторитетъ свой; поэтому ошибки свои замѣчаю скорѣе

Digitized by Google

и полнѣе, чѣмъ чужія, и, замѣтивъ, немедленно ихъ исправляю» (стран. 47). И это, оказывается не только горделивая фраза. Порывистость и страстность характера, живость воображенія нерѣдко увлекали П. П. Цитовича даже тамъ, гдѣ онъ отлично понималъ ихъ опасность. Кто не знаетъ его блестящей характеристики нашего устава торговаго: «Уставъ торговый даже не есть сводъ, а скорѣе складъ обломковъ» законодательной дѣятельности разныхъ царствованій, начиная съ Петра Великаго («Очеркъ», стран. 13), отрывочно и случайно измѣненный и подновленный въ прошлое и нынѣшнее царствованіе («Учебникъ», стран. 30). И онъ самъ предостерегаетъ: «поэтому извлеченіе юридическихъ понятій, формулировка руководящихъ началъ неизбѣжно получаютъ характеръ лишь вѣроятныхъ гаданій, имѣющихъ за себя авторитетъ иностраннаго торговаго права и его литературы» («Очеркъ», стран. 13, «Учебникъ», стран. 31). И у него нерѣдко вырывались широкія обобщенія, выведенныя изъ какого-нибудь одного частнаго указанія законодательства (въ родѣ вывода Vernehmungstheorie изъ 114 ст. Пол. о каз. подр. или полнаго ограниченія торговой дѣеспособности замужнихъ женщинъ изъ ст. 107 Зак. гр. и т. д.). При каждой переработкѣ лекцій онѣ внимательно пересматривались нашимъ авторомъ и невѣрности устранялись не только открытыя имъ самимъ, но и указанныя ему другими: всѣ сдѣланныя Г. Ф. Шершеневичемъ ему указанія Цитовичъ заботливо взвѣсилъ и въ громадномъ большинствѣ случаевъ ихъ принялъ, не стѣсняясь переходить отъ одного воззрѣнія къ другому, прямо противоположному, разъ онъ убѣждался въ его правильности. Достаточно сказать, что онъ радикально измѣнилъ свое воззрѣніе на дѣеспособность замужнихъ женщинъ, даже несмотря на то, что съ точки зрѣнія политико-правовой уже со времени своихъ политическихъ брошюръ онъ былъ неизмѣнно убѣжденнымъ противникомъ женскихъ правъ. Догматическая поправка нисколько не измѣнила его политико-правовыхъ воззрѣній: его авторитету обязаны русскія женщины необходимостью до сихъ поръ спрашивать разрѣшенія у мужей на выдачу векселей. Также внявъ голосу критики, Цитовичъ, начиная съ «Учебника», кладетъ въ основу изложенія русское право, широко пользуясь и судебною практикой. Сдѣлалъ онъ это не безъ борьбы надъ собой и, вставивъ предостерегающее примѣчаніе 2-е на страницѣ 31-й въ видѣ ироническихъ замѣчаній о томъ, какъ авторы нѣкоторыхъ торговыхъ курсовъ (Башиловъ) выдаютъ за русскіе нѣмецкіе торговые обычаи и законы: «пользоваться иностраннымъ правомъ, конечно, неизбѣжно; иначе пришлось бы излагать не столько торговое право, а скорѣе торговое безправіе, его «правоотношенія», пре-

Digitized by Google

дусмотрѣнныя въ Улож. о наказ.; но пользоваться открыто, не выдавая иноземнаго за свое». Попрежнему онъ настаиваетъ, что цѣль его учебниковъ только научно педагогическая, а не справочно-практическая; «только первая цѣль преслѣдуется въ аудиторіи». Эти слова «отъ автора» въ «Учебникѣ торговаго права» довольно вѣрно опредѣляютъ одну сторону того значенія, которое имѣютъ до сихъ поръ курсы Цитовича по торговому праву. Не подлежитъ сомнѣнію, что въ настоящее время первенство принадлежитъ курсамъ Шершеневича. Справедливо замѣчаетъ А. Э. Вормсъ, что Курсъ Шершеневича «является не только первой, но и понынѣ единственной научной системой русскаго торговаго права, равномѣрно освѣщающей всѣ стороны этой, довольно пестрой по своему составу, отрасли законодательства, не удивительно поэтому, что курсъ пріобрѣлъ исключительный по русскимъ условіямъ авторитетъ не только въ школѣ, но и въ жизни» (Юрид. Вѣстн. 1913 кн. I, 146). Тѣмъ не менѣе всякому учащемуся до сихъ поръ весьма полезно прочесть и учебникъ Цитовича для пріобрѣтенія большей наглядности, картинности въ своихъ представленіяхъ о торговыхъ институтахъ. Чрезвычайно полезно и до сихъ поръ заглядывать въ книги Цитовича и ученому. У П. П. Цитовича было особое свойство умѣть заподозрить дурное. Онъ обращается съ любовью къ случаямъ злоупотребленія въ дѣйствительной жизни юридическимъ институтомъ и дѣлаетъ это по обыкновенію кратко и въ такихъ убѣдительныхъ яркихъ выраженіяхъ, что разъ прочитанное не забывается. Вотъ одинъ изъ примѣровъ. Рѣчь идетъ объ использованіи коммандиты для облеченія въ ея форму гнилыхъ предпріятій «наконецъ коммандита удобна для гнилыхъ предпріятій, тутъ комплиментаръ собственно подставное лицо: это — чучело (Strohmann, l'homme de paille, testa di legna) за извѣстное вознагражденіе, въ видѣ жалованія или въ видѣ участія въ дивидендѣ. Чучело гриммировано въ комплиментара: для третьихъ лицъ это маска, а для коммандитистовъ — мертвая голова. И дѣйствительно, въ договорѣ съ такимъ комплиментаромъ можетъ быть даже выговорено право (ср. Итальянскій кодексъ ст. 119) коммандитистовъ — замѣнить одну маску другою, смѣнить одного комплиментара и назначить другого». (Очеркъ 91—92).

Все сказанное о П. П. Цитовичѣ, какъ коммерціалистѣ вообще, должно быть повторено и притомъ съ увеличеніемъ въ хорошую сторону о его трудахъ по вексельному праву. Онъ былъ несомнѣнно лучшимъ у насъ знатокомъ вексельнаго права. Тутъ у него не было соперниковъ. Правда, до него мы имѣли классическій очеркъ русскаго вексельнаго права Мейера 1857 года, а первый учебникъ при-

Digitized by Google

надлежитъ еще Дильтею 1781 года, но «Курсъ вексельнаго права» П. П. Цитовича 1887 года является дѣйствительно первымъ курсомъ вексельнаго права, нисколько не уступающимъ современнымъ ему иностраннымъ и поражающимъ тонкимъ пониманіемъ экономическаго значенія векселя, давшимъ возможность чистому догматику-Цитовичу дать увлекательный по тонкости обоснованія очеркъ и всѣхъ историческихъ перемѣнъ въ судьбѣ векселя. Не даромъ Г. Ф. Шершеневичъ, не вполнѣ расположенный и къ этому курсу, подчеркиваетъ, что историческій очеркъ развитія вексельнаго института заслуживаетъ въ немъ особеннаго вниманія. (Наука 173.) Если Цитовичъ не является создателемъ науки вексельнаго права въ Россіи, то зато, какъ мы уже упоминали, онъ былъ вызванъ завершить дѣло изданія новаго вексельнаго устава. Выработанная имъ редакція проекта отъ Министерства Финансовъ правда была также отвергнута. Государственный Совѣтъ потребовалъ новаго пересмотра. Новый проектъ, однако, составленный С. В. Пахманомъ, сильно отразилъ на себѣ критику Цитовича. Теперь можно болѣе безпристрастно оцѣнить вмѣшательство Цитовича, чѣмъ тогда, когда авторы проекта Министерства Юстиціи и Цитовичъ, авторъ проекта Министерства Финансовъ, осыпали другъ друга упреками и укорами, начиная съ обвиненія въ незнаніи элементовъ векселя, неумѣніи отличить цессію отъ индоссамента и кончая впушительной ссылкой на существованіе въ уголовномъ уложеніи статьи, карающей за клевету въ печати (Цитовичъ «Къ вопросу о векс. уставѣ» стран. 144). Какъ ни непріятно въ надгробной замѣткѣ это признавать, но признать необходимо, что на самомъ П. П. лежитъ главная вина въ томъ, что споръ принялъ дурныя формы и что самъ онъ въ немъ слишкомъ рѣзко, чего вовсе не требовало существо дѣла, затрагивалъ личность противниковъ, заслуживавшихъ и своею работою и своею прошлою дѣятельностью большого уваженія. Между тѣмъ даже весьма не расположенный къ П. П. критикъ «Юридическаго Вѣстника» справедливо отмѣтилъ, что вся сущность возраженій Цитовича противъ перваго проекта сводилась къ двумъ положеніямъ, «вѣроятно, болѣе подходящимъ къ условіямъ русскаго гражданскаго быта» (Р. Ю. Юрид. Вѣстн. 1887 XXVI 311). Составители проекта, считаясь между прочимъ съ идеей будущаго всемірнаго объединенія вексельнаго права, хотѣли дать проектъ не только воспринимающій существо германскаго абстрактнаго векселя, но и форму новѣйшихъ уставовъ, напр. Голландскаго, выдвигая на первый планъ, какъ общія, постановленія о траттѣ, а постановленія о простомъ векселѣ должны были быть только дополнительными. А съ другой стороны они

Digitized by Google

поэтому же снимали всякія ограниченія вексельной дѣеспособности. П. П. Цитовичъ въ своемъ проектѣ также воспринималъ все новѣйшее западно-европейское ученіе о векселѣ, но, опираясь на безусловно установленный фактъ рѣдкости у насъ тратты и чрезвычайное распространеніе простого векселя, клалъ въ основу изложенія простой вексель, а траттѣ удѣлялъ лишь добавочныя постановленія. Такъ оно есть и сейчасъ въ законѣ. Такой способъ изложенія можетъ препятствовать только формально, а не по существу всемірному объединенію вексельнаго права, а что въ такой формѣ вексельный уставъ гораздо удобнѣе для русскаго оборота — это несомнѣнно, — тратта до сихъ поръ у насъ рѣдкость, такъ что эта сторона дѣла можетъ быть поставлена въ заслугу покойному ученому. Другое возраженіе было возраженіе по существу: оно опиралось на воззрѣніе Цитовича, которое онъ высказывалъ нерѣдко въ своихъ общихъ курсахъ о крайней опасности перенесенія торговыхъ институтовъ въ право гражданское, какъ онъ фигурально выражался, изъ города въ деревню. Какъ извѣстно, значительно позже во имя той же политико-правовой идеи возражалъ противъ соединенія гражданскаго права съ торговымъ Л. І. Петражицкій [1]). Провести практически свою мысль П. П. не удалось. Осуществленіе ея само по себѣ представляетъ громадныя трудности, разъ вексель признанъ абстрактнымъ обязательствомъ, т.-е. получилъ наиболѣе опасную для неопытныхъ форму. Приходится указывать, какъ и пытался сдѣлать это П. П. Цитовичъ, или субъективные признаки векселедателя, устранять, напримѣръ, замужнихъ женщинъ, незамужнихъ дочерей, крестьянъ и т. п., и вводить ограниченія по цѣнѣ векселя, не разрѣшать векселя менѣе 100 рублей. Все это и пытался провести Цитовичъ; однако онъ натолкнулся тутъ на сильное противодѣйствіе. Сама идея формально была признана, но задуманное Цитовичемъ обширное количество ограниченій было уже въ самомъ уставѣ сильно сокращено. И при томъ были оставлены менѣе дѣйствительныя, а болѣе существенная мѣра (Каминка, «Уставъ о векселяхъ», стран. 11) — минимальная цѣна векселя — была отвергнута. Новѣйшее законодательство, неудержимо пропитывающее гражданскій оборотъ началами торговаго права, уничтожило нѣкоторыя изъ

---

[1]) Впрочемъ, въ болѣе поздней своей статьѣ («Право», 1900 г., страницы 1964—1974) «Къ вопросу о сліяніи торговаго права съ гражданскимъ», Цитовичъ ищетъ отличія догматическаго и находитъ его въ неособенно удачномъ противопоставленіи этихъ правъ въ томъ, что гражданское — индивидуально, дѣйствуетъ самъ человѣкъ (единица юридическое отношеніе), а торговое — соціально, дѣйствуетъ соціальная организація (единица торговое предпріятіе).

Digitized by Google

проведенныхъ закономъ ограниченій (крестьяне), и теперь отъ широко задуманной планомѣрной политико-правовой задачи Цитовича у насъ остались два-три обломка, только справедливо раздражающіе сторонниковъ женскихъ правъ.

Остается сказать нѣсколько словъ о трудахъ Цитовича въ области гражданскаго права и процесса. Онъ выступалъ здѣсь мало. Кромѣ упомянутаго небольшого начала курса русскаго гражданскаго права[1]), отличающагося обычными качествами всѣхъ работъ Цитовича и проводившаго впервые мысль, имѣющую до сихъ поръ, хотя и сравнительно немногихъ (подробности въ комментаріи А. Э. Вормса и В. Б. Ельяшевича, вып. I, 13) сторонниковъ, мысль о томъ, что всякое изданіе свода есть новый законъ. Къ чисто гражданскому праву относится только его магистерская диссертація: «Исходные моменты въ исторіи русскаго права наслѣдованія П. Цитовича», 1870 г. Позднѣйшая критика единодушно отмѣчаетъ, что въ сущности это — догматическая работа (Каминка, «Право», 1913 г., стран. 2528, Г. Ф. Шершеневичъ, «Наука», стран. 47). Можно спорить противъ возможности примѣненія догматическихъ современныхъ методовъ къ толкованію статей Русской Правды, но нельзя согласиться съ общимъ духомъ отзыва Г. Ф. Шершеневича, видимо, считающаго, что работа не дала ничего новаго. Сейчасъ всякому историку не мѣшаетъ пробѣжать §§ 9—11 книги, гдѣ авторъ тонко критикуетъ, только пользуясь знаніемъ основныхъ положеній догматики, сторонниковъ воззрѣнія, нынѣ, правда, уже окончательно оставленнаго, о томъ, что завѣщаніе старше законнаго наслѣдованія. Подобнаго рода недоразумѣніе отъ незнанія основныхъ догматическихъ понятій проявлялось не разъ и впослѣдствіи — наглядный примѣръ: тѣ заблужденія, въ которыя впалъ по вопросу о наслѣдованіи же такой историкъ, какъ Рожковъ, и на которыя ему указалъ въ свое время В. И. Сергѣевичъ. Въ области гражданскаго процесса официально П. П. Цитовичемъ была издана только остроумная брошюра: «Кому и какъ судить частный искъ ex delicto». Но какъ много лицъ учились по Цитовичу элементамъ гражданскаго процесса, готовясь къ экзаменамъ въ юридическихъ испытательныхъ комиссіяхъ, подчасъ даже не подозрѣвая объ этомъ! Въ бытность свою профессоромъ въ Кіевѣ Цитовичъ, видимо, неоднократно давалъ студентамъ для напечатанія «на правахъ рукописи» конспекты различ-

[1]) Дурной отзывъ объ этомъ выпускѣ анонимнаго рецензента «Отечественныхъ Записокъ» вполнѣ понятенъ: Цитовичъ догматикъ, а авторъ отзыва совершенно отрицаетъ всякое значеніе не только для науки, но и для практики догматическаго изученія, указывая, что научнымъ является только причинное изученіе явленій («Отеч. Зап.» 1878 г., № 10, т. CCXL, стран. 239).

Digitized by Google

ныхъ своихъ курсовъ, напр. «Обязательства», конспектъ лекцій 1891 г., 2-е изданіе 1899 г. Особенной извѣстностью пользуется («вмѣсто рукописи») «Гражданскій процессъ. Конспектъ лекцій, читанныхъ въ университетѣ св. Владиміра орд. проф. П. П. Цитовичемъ», выдержавшій 5 изданій, составляющій библіографическую рѣдкость. Это — краткій учебникъ, написанный обычнымъ красочнымъ цитовическимъ языкомъ; въ третьемъ его изданіи, которымъ я пользуюсь, всего 129 страницъ. Теперь онъ устарѣлъ и по законодательному матеріалу и научно. Не надо забывать, что онъ появился впервые еще до появленія въ свѣтъ даже курса Планка, такъ что глазъ, привыкшихъ къ современнымъ процессуальнымъ догматическимъ конструкціямъ, онъ уже не удовлетворяетъ. Но если сравнивать этотъ краткій учебникъ, учтя, конечно, его устарѣлость, съ другими русскими учебниками, ставящими себѣ задачей только элементарное ознакомленіе съ дѣйствующимъ процессомъ, ознакомленіе учебное, то я по совѣсти долженъ сказать, что этотъ конспектъ, котораго Цитовичъ не хотѣлъ пускать въ общую продажу, головой выше всѣхъ остальныхъ. Онъ поразительно совмѣщаетъ краткость съ богатствомъ содержанія, образность — съ немногословіемъ. Образность удивительная. Вотъ сравненіе упрощеннаго судопроизводства съ понудительнымъ исполненіемъ: «упрощенный порядокъ все же процессъ; его основная идея: сначала ищи, судись и потомъ получай, что (и если) присудятъ. Понудительный же порядокъ имѣетъ другую форму: удовлетворяй, плати, а потомъ судись, — ищи обратно то, что взыскано и взыскано поспѣшно» (стран. 103). Педагогическое достоинство конспекта заключается и въ умѣніи поставить въ такое соотвѣтствіе текстъ и ссылки на статьи закона, что учащійся съ первыхъ же страницъ долженъ потянуться самъ за Уставомъ гр. суд. и такимъ образомъ повѣрять догматическую разработку учебника, овладѣвая въ то же время и самимъ кодексомъ. Надо еще сказать, что если теперь въ очень многихъ мѣстахъ догматическія конструкціи совсѣмъ устарѣли, напр. въ ученіи о случайностяхъ процесса, о частныхъ опредѣленіяхъ и т. д., то въ нѣкоторыхъ мѣстахъ Цитовичъ подходитъ къ весьма важнымъ будущимъ кореннымъ преобразованіямъ догматики. На страницѣ 55-й, въ ученіи объ отдѣльныхъ доказательствахъ, онъ даетъ классификацію гораздо болѣе близкую къ современнымъ намъ понятіямъ, чѣмъ господствовавшимъ въ его время. Чрезвычайно интересно также полное выдѣленіе экспертизы изъ этихъ отдѣльныхъ доказательствъ, онъ какъ бы чувствуетъ то, что потомъ отчетливо сдѣлано было Фридрихомъ Штейномъ. Немудрено, что такимъ цѣннымъ профессорскимъ даромъ воспользова-

Digitized by Google

лись составители безконечныхъ конспектовъ «по Цитовичу» и «безъ указанія источниковъ». Въ девяти десятыхъ всѣхъ нашихъ конспектовъ по гражд. процессу, которые, увы, въ такомъ ходу у насъ, лежитъ этотъ конспектъ Цитовича, и это было бы вовсе не плохо, если бы составители конспектовъ не уродовали его безжалостно, то пропуская всѣ ссылки на статьи, то вытравляя красоту его слога, то добавляя его идущими въ разрѣзъ съ нимъ вставками изъ другихъ учебниковъ, а то и отсебятиной.

Мы говорили всего болѣе о значеніи работъ П. П. для современнаго юриста. Оно пройдетъ. — Всѣ догматическія юридическія работы, какъ правило, обречены на потерю съ каждымъ годомъ и днемъ ихъ значенія. Но въ исторіи русской цивилистики имя П. П. Цитовича навсегда займетъ одно изъ почетнѣйшихъ мѣстъ.

А. В. Завадскій.

Digitized by Google

Нѣсколько словъ памяти гр. Л. А. Камаровскаго.

(1846—1912).

Годовщина смерти гр. Л. А. Камаровскаго по справедливости должна быть отмѣчена на страницахъ «Юридическаго Вѣстника». Въ многочисленныхъ статьяхъ, посвященныхъ памяти покойнаго, съ теплотой и выразительностью изображенъ столь симпатичный нравственный обликъ покойнаго, его убѣжденный академизмъ, его благородная терпимость къ противникамъ, далеко не часто встрѣчающаяся въ Россіи. И въ области международнаго права, которое не только составляло предметъ занятій гр. Л. А., но, можно сказать, предметъ глубокой вѣры и преданности — и здѣсь имъ оставлено цѣнное наслѣдство. Достаточно указать на его труды «Начало невмѣшательства» и особенно на его докторскую диссертацію «О международномъ судѣ», которая въ 1887 году переведена на французскій языкъ, и на цѣлый рядъ статей, помѣщенныхъ въ общихъ и спеціальныхъ изданіяхъ, посвященныхъ опредѣленію самого предмета международнаго права, развитію правовыхъ формъ международнаго общенья и особенно развитію тѣхъ институтовъ, съ помощью коихъ можетъ быть ограничена губительная дѣятельность милитаризма и смягчены — впослѣдствіи и устраняемы — тяжкія бѣдствія войны.

Ученикъ Блюнчли гр. Л. А. принесъ въ изученье вопросовъ международнаго права настроеніе гуманитарно-идеалистическое. Онъ вѣрилъ вмѣстѣ съ Лораномъ, къ которому относился съ горячей симпатіей, что конечнымъ закономъ человѣческаго общежитія не можетъ быть истребительная борьба и разнузданный эгоизмъ. Отсюда его твердое убѣжденіе въ возможность постепеннаго осуществленія всеобщаго мира. Менѣе всего былъ графъ Л. А. похожъ на распространенный типъ въ Германіи профессора международнаго права, — профессора, главный паѳосъ котораго лежитъ въ прославленьи войны. Можетъ быть этотъ идеализмъ предста-

Digitized by Google

влялся иногда почти страннымъ на фонѣ международной дѣйствительности, гдѣ до сихъ поръ рѣшающее слово принадлежитъ въ концѣ концовъ силѣ. Когда Л. А. сталкивался съ подобной дѣйствительностью — напримѣръ съ аннексіей Босніи и Герцеговины — онъ возмущался, скорбѣлъ, но не терялъ вѣры. Когда указывалось, что первая и вторая Гаагская конференція, полезная быть можетъ въ частныхъ своихъ рѣшеніяхъ, оказались безсильны передъ главными проблемами — ограниченія вооруженій и обязательнаго третейскаго суда, — Л. А. напоминалъ, что нужно здѣсь продолжительное время: чего не смогла сдѣлать первая конференція, сдѣлаютъ послѣдующія. И развѣ эта вѣра въ нравственный и политическій прогрессъ имѣетъ меньше права на существованіе, чѣмъ скептицизмъ, созданный слабостью воображенія, или неспособность подняться надъ кругозоромъ сегодняшняго дня? При этомъ Л. А. всегда былъ чуждъ крайностямъ радикальнаго пасифизма съ его отрицаніемъ естественныхъ и законныхъ правъ государственнаго самосохраненія.

Въ то же время Л. А. былъ увѣренъ, что международныя обязательства суть дѣйствительныя юридическія обязательства и что нельзя имъ противопоставлять ссылки на государственный суверенитетъ. Для него непріемлемо было ученье о clausula rebus sic stantibus въ томъ расширенномъ ея истолкованіи, которое ей далъ, напримѣръ, Кауфманнъ. Для него въ полной мѣрѣ сохранило силу правило: pacta sunt servanda. Если мы отъ него отступаемся, гдѣ конецъ этого отступленья и не должны ли мы дойти до чистаго макіавеллизма? Raison d'état являлся въ исторіи неоднократнымъ средствомъ оправдывать всякія насилія и беззаконія. Право не можетъ быть поставлено въ зависимость отъ измѣнчивыхъ человѣческихъ интересовъ и страстей. Подъ этимъ угломъ зрѣнія Л. А. разсматривалъ и вопросы, выходящіе за предѣлы международнаго права, напримѣръ финляндскій.

Эти идеи права и мира одушевляли многолѣтнюю дѣятельность Л. А. — изслѣдовательскую, преподавательскую и публицистическую. Онѣ не были чѣмъ-то для него внѣшнимъ, онѣ сдѣлались частью его нравственнаго облика, который останется живымъ въ памяти его многочисленныхъ учениковъ — останется какъ хорошее, свѣтлое воспоминаніе.

С. Котляревскій.

Digitized by Google

Профессоръ гр. Л. А. Камаровскій какъ интернаціоналистъ.

(Къ годовщинѣ смерти.)

Международныя политическія отношенія — и въ прошломъ и въ настоящее время — представляютъ такую картину, которая врядъ ли можетъ способствовать развитію идеализма среди ея изслѣдователей. Это скорѣе — благодарное поле для скептиковъ и реальныхъ политиковъ.

Ни тѣмъ, ни другимъ не былъ проф. Камаровскій. Глубокій, искренній идеалистъ, онъ не могъ быть безстрастнымъ изслѣдователемъ этой жизни. Вѣря въ конечное торжество добра и справедливости и въ области отношеній между государствами, онъ въ то же время ясно сознавалъ, насколько здѣсь дѣйствительность не соотвѣтствуетъ идеалу.

И сознаніе этого несоотвѣтствія отражается на его основныхъ взглядахъ на науку международнаго права и на ту роль, которая выпадаетъ на долю интернаціоналиста.

Наука международнаго права, по мнѣнію гр. Камаровскаго, «никогда не можетъ ограничиться только собираніемъ, расположеніемъ и описаніемъ фактовъ;... она должна давать имъ должное разъясненіе и направленіе къ будущему»[1])

Международное право представляетъ собой не простой комплексъ нормъ, основанныхъ на общепризнанныхъ источникахъ права, но также и положенія естественнаго права, вытекающія изъ общежительной природы человѣка. «Интересы вообще составляютъ одинъ изъ главныхъ элементовъ въ процессѣ образованія и развитія права, но не единственный; другой элементъ, столь же важный, это — нравственный, который вытекаетъ изъ начала справедливости,

[1]) «Основные вопросы науки международнаго права». М. 1892 г., стран. 61.

Digitized by Google

какъ оно слагается въ совѣсти народовъ подъ вліяніемъ всѣхъ присущихъ имъ религіозныхъ и нравственныхъ принциповъ и воззрѣній»[1]).

Коренясь въ природѣ человѣка, международное право вытекаетъ изъ правосознанія пока лишь цивилизованныхъ народовъ. Правосознаніе это «проявляется либо въ органахъ и дѣйствіяхъ государствъ, либо черпается изъ общественнаго мнѣнія, носителями котораго являются наука, печать, различныя общества...» («Основные вопросы», стран. 97, 98).

Согласно господствующему воззрѣнію, положительный характеръ придаютъ международному праву два его источника: международный договоръ и международный обычай. Подобную теорію гр. Камаровскій считаетъ слишкомъ узкой и формальной. По его мнѣнію, «особенно международное право, наименѣе формальное, долго еще нельзя будетъ заключать лишь въ рамки законно-признаваемаго и дѣйствующаго права», такъ какъ и тѣ нормы, которыя еще не признаны правительствами, но «вытекаютъ изъ сознанія цивилизованныхъ народовъ и соотвѣтствуютъ ихъ совѣсти», должны быть также признаны нормами права (стран. 105).

Здѣсь-то, по мнѣнію гр. Камаровскаго, ученые интернаціоналисты и могутъ осуществить свое высокое призваніе. Широкіе круги общества не могутъ выполнить подобной задачи «въ виду несравненно большей удаленности отъ пониманія массъ международныхъ принциповъ, сравнительно съ началами любой иной сферы права». «Вопросы международной политики и права въ обыкновенное мирное время мало и слабо интересуютъ общественное мнѣніе.., а въ эпоху кризисовъ оно обсуждаетъ ихъ съ точки зрѣнія предвзятой и односторонней». «И долго еще носителями международныхъ идей останутся единицы, тѣ немногіе интернаціоналисты, которые призваны практически и теоретически заниматься вопросами международнаго права и проводить вѣрныя на нихъ воззрѣнія въ массы». Значеніе науки при этомъ двоякое: критическое и творческое. Съ одной стороны, «отсутствіе въ международной жизни правильно организованной законодательной власти возводитъ науку на степень верховной рѣшительницы того, что справедливо и истинно въ правилахъ, которымъ слѣдуютъ правительства и народы въ своихъ взаимныхъ сношеніяхъ».

Съ другой стороны, «наука должна расчищать путь вновь назрѣвающимъ въ народахъ потребностямъ, давать имъ лучшее выраженіе и организацію и, будучи всегда чуткою къ общественному движенію

---

[1]) «О международномъ судѣ», стран. 14—15.

Digitized by Google

своего времени,... опережать его новыми идеями, ею выставляемыми, какъ требованія справедливости и разума» (стран. 138—140). Формулированныя учеными начала международнаго права должны быть поставлены въ одинъ рядъ съ другими его источниками, если они вѣрно отражаютъ правосознаніе народовъ. И гр. Камаровскій съ сочувствіемъ цитируетъ слова проф. Блюнчли: «если въ наши дни, при опредѣленіи извѣстнаго принципа, согласны между собою Уитонъ и Филлиморъ, Кальво и Фильдъ, Гефтеръ и Роленъ-Жекменъ, его можно считать за принципъ современнаго международнаго права, хотя бы онъ не былъ еще подтвержденъ трактатами и неодинаково примѣнялся на практикѣ» (стран. 141). Съ созданіемъ въ 1873 г. Института международнаго права эта работа юристовъ становится болѣе согласованной и болѣе авторитетной.

Упомянутыми взглядами гр. Камаровскаго на науку международнаго права и на задачи интернаціоналиста объясняются и тѣ двѣ черты его научной работы, которыя отличаютъ его отъ представителей господствующаго въ наше время, особенно въ Германіи, направленія. Это, во-первыхъ, методъ, — одинаково далекій какъ отъ тѣхъ, которые, подобно Лоримеру, видятъ въ международномъ правѣ лишь осуществленіе естественнаго права въ сношеніяхъ между народами, такъ и отъ тѣхъ германскихъ юристовъ, которые пытаются перенести въ эту область методы Лабандовской школы государственнаго права. Гр. Камаровскому наиболѣе плодотворнымъ представляется изученіе международноправовыхъ институтовъ съ помощью одновременно и естественно правовыхъ принциповъ и началъ положительнаго права.

Эти взгляды сложились у гр. Камаровскаго еще въ самомъ началѣ его научной дѣятельности и соотвѣтствовали тому направленію въ наукѣ международнаго права, которое было представлено цѣлымъ рядомъ извѣстныхъ современныхъ ему интернаціоналистовъ: Фіоре, Кальво, Прадье-Фодере, Уитономъ и, наконецъ, Блюнчли, подъ руководствомъ котораго онъ долго занимался въ Гейдельбергѣ и вліяніе котораго было на него, повидимому, очень сильно.

Во-вторыхъ, въ связи съ общимъ научнымъ міровоззрѣніемъ гр. Камаровскаго стоитъ и самый выборъ имъ темъ для спеціальныхъ изслѣдованій. Главными работами его являются: «Начало невмѣшательства» (1874 г.), «О международномъ судѣ» (1881 г.) и «Вопросъ о международной организаціи»(1897 г., переиздано въ 1905 г.). Все это — вопросы общіе и жизненные для междугосударственныхъ отношеній и права.

Digitized by Google

Время, когда писалась первая изъ этихъ работъ, было еще эпохой преобладанія политическихъ интересовъ въ международныхъ отношеніяхъ. Этому соотвѣтствовало въ значительной степени и международное право[1]). Послѣднее начинаетъ получать иной характеръ въ болѣе близкій къ намъ періодъ, когда развились и упрочились въ международной жизни такія области, которыя не зависятъ отъ «высшей политики» или, по крайней мѣрѣ, могутъ быть отъ нея независимы.

Вопросъ объ интервенціяхъ съ возникновенія Священнаго Союза дѣйствительно не сходилъ съ очереди и въ международной жизни, и въ литературѣ. Гр. Камаровскій былъ правъ, когда считалъ этотъ вопросъ принадлежащимъ къ самымъ важнымъ и интереснымъ въ международномъ правѣ. Изъ двухъ частей, на которыя распадается его книга, въ первой разсматривается вопросъ о вмѣшательствахъ въ литературѣ, во второй — исторія охранительныхъ вмѣшательствъ. Изученіе теоріи и исторіи приводитъ автора къ рѣшенію вопроса въ духѣ либеральной политики. «Принципъ невмѣшательства растетъ по мѣрѣ усиленія и развитія конституціонныхъ, національныхъ началъ въ государственной жизни». И наоборотъ, «охранительныя вмѣшательства вообще пользуются большимъ кредитомъ у всѣхъ неограниченныхъ правительствъ»[2]).

Гр. Камаровскій опредѣленно отрицательно относится къ охранительнымъ вмѣшательствамъ двадцатыхъ годовъ прошлаго вѣка, имѣвшимъ цѣлью поддержать абсолютизмъ въ борьбѣ съ конституціонными теченіями, справедливо считая, что къ подобнымъ вопросамъ внутренней политики государствъ должно примѣняться начало невмѣшательства. Но вмѣстѣ съ Блюнчли онъ признаетъ законной интервенцію «на основаніи высшихъ требованій человѣколюбія», напримѣръ, когда подвергается преслѣдованію цѣлая національность или церковь (стр. 103, 111).

Для интернаціоналистовъ того направленія, къ которому принадлежалъ гр. Камаровскій, не менѣе важнымъ представлялся вопросъ о болѣе совершенной организаціи международнаго союза. Такая организація, по мнѣнію Камаровскаго, не будетъ созданіемъ теоріи. «Каждая общественная организація, а слѣдовательно и международная, только тогда бываетъ плодотворной и прочною, когда она является продуктомъ самой жизни»[3]). Обращаясь къ международной жизни, онъ находитъ, что XIX вѣкъ даетъ намъ уси-

[1]) Преимущественно политическое международное право, какъ его называетъ O. Nippold.
[2]) «Начало невмѣшательства», стран. 25, 119.
[3]) «Вопросъ о международной организаціи», стран. 7.

Digitized by Google

леніе нѣкоторыхъ учрежденій и принциповъ, которые помимо воли людей постепенно преобразуютъ ее и утвердятъ въ ней миръ на болѣе справедливыхъ и прочныхъ основаніяхъ. Это—третейскій судъ, федеративная форма государствъ, международные административные союзы государствъ и принципъ нейтрализаціи.

Центръ тяжести международной организаціи долженъ лежать не въ политическихъ задачахъ, а въ охранѣ и развитіи общаго для всѣхъ цивилизованныхъ государствъ права. Международный союзъ получитъ организацію не политическую, а только юридическую. Главными органами будущаго международнаго строя будутъ органы, устанавливающіе право,—конгрессы и конференціи, и органы, охраняющіе право,—международные суды.

Учрежденіе постояннаго международнаго суда имѣло такимъ образомъ значеніе для гр. Камаровскаго не только, какъ средство правовой защиты, суживающее сферу самоуправства государствъ,—войны; такой судъ онъ считалъ первымъ основаніемъ международной организаціи, «первымъ ея ядромъ, около котораго должно, такъ сказать, кристаллизироваться положительное право»[1]). Международному суду посвящена лучшая работа гр. Камаровскаго, сдѣлавшая его извѣстнымъ и за границей[2]). Въ то время, когда появилась эта книга, и цѣлое десятилѣтіе послѣ того, она была лучшимъ и самымъ полнымъ сочиненіемъ по этому вопросу въ русской и иностранной литературѣ. (Работы M. Revon и Mérignhac появились въ 1892 и 1895 гг.[3]).

Книга начинается съ общаго обзора способовъ рѣшенія споровъ между государствами, очень удачно классифицированныхъ въ три группы: 1) способы принудительные, основанные на принципѣ силы,—всѣ репрессіи и война; 2) дипломатическіе, основанные на принципѣ интереса,—это непосредственные переговоры и посредничество, и 3) юридическіе способы, основанные на принципѣ права и осуществляемые особыми судами (стран. 14).

Затѣмъ идетъ исторія международнаго суда въ древности и въ средніе вѣка, обзоръ государственныхъ судовъ съ международнымъ характеромъ — призовыхъ и смѣшанныхъ судовъ въ Египтѣ. Далѣе разсматриваются смѣшанныя комиссіи и случаи арбитража въ XIX вѣкѣ. Почти треть книги посвящена развитію идеи международнаго суда въ теоріи. Въ заключеніи къ первымъ тремъ частямъ

---

[1]) «О международномъ судѣ», стран. 459, 501.
[2]) Въ 1887 году появился французскій переводъ ея.
[3]) Слѣдуетъ отмѣтить отзывъ извѣстнаго проф. Bulmerincq о книгѣ Камаровскаго въ «Schmoller's Jahrbuch», Bd. 7 (1883), S. 647—649.

Digitized by Google

авторъ приходитъ къ слѣдующему выводу: «Международный судъ подготовляется многими явленіями развивающейся практической жизни и все настоятельнѣе требуется юристами и филантропами» (стран. 450). Заканчивается книга проектомъ организаціи такого суда (стран. 520—538).

Отмѣчу здѣсь вкратцѣ лишь составъ, компетенцію и санкцію суда по этому проекту. «Международный судъ есть по составу постоянное учрежденіе, но онъ засѣдаетъ по мѣрѣ надобности». Онъ образуется изъ лицъ, въ равномъ числѣ назначенныхъ отъ каждаго независимаго государства Европы и Америки (кромѣ Турціи) верховной властью изъ кандидатовъ, представленныхъ академіями и юридическими факультетами университетовъ. Члены суда не могутъ быть смѣняемы иначе, какъ по рѣшенію самого суда.

Постоянный характеръ этого учрежденія выгодно отличаетъ его отъ обыкновенныхъ третейскихъ судовъ, члены которыхъ выбираются ad hoc самими спорящими сторонами. Существованіе такого суда не нарушитъ независимости государствъ, такъ какъ это — «судъ добровольный: государства обращаются къ нему по своему усмотрѣнію», хотя, конечно, государства могутъ въ частныхъ или общихъ договорахъ признать для себя обязательность обращенія въ извѣстныхъ случаяхъ къ международному суду. Нельзя считать препятствіемъ къ введенію такого суда невозможность установить санкцію исполненія его рѣшеній. Во-первыхъ, принужденіе вовсе не составляетъ необходимаго признака права; во-вторыхъ, существуютъ суды, приговоры которыхъ юридически обязательны, хотя бы за ними и не стояла полицейская власть государства — духовные суды, суды чести; въ-третьихъ, факультативность обращенія къ международному суду исключаетъ основаніе произвольнаго неподчиненія его рѣшенію. А въ крайнемъ случаѣ, по мнѣнію автора, возможно примѣненіе всѣхъ допускаемыхъ въ международномъ правѣ принудительныхъ мѣръ противъ неподчиняющагося государства.

Слишкомъ 30 лѣтъ тому назадъ, когда вышла книга «О международномъ судѣ», нѣкоторые критики ея[1]) считали самую идею такого суда утопичной. Такая критика была въ значительной степени несправедливой. Гр. Камаровскій вѣрно опредѣлилъ, что реформа международнаго процесса должна пойти и въ направленіи выработки юридическихъ способовъ охраны права въ между-

[1]) Напр., проф. Мартенсъ въ «Revue d. droit international», t. 14 (1882), p. 90—91.

Digitized by Google

народной области. На этотъ путь дѣйствительно вступило современное международное право. Договоры послѣднихъ лѣтъ объ обязательномъ арбитражѣ, а также Гаагскія конференціи 1899 и 1907 гг., создавшія Постоянную Палату Третейскаго суда[1]), сдѣлали первые, правда робкіе, шаги на этомъ пути.

Понятно, какое впечатлѣніе произвели на гр. Камаровскаго эти конференціи. Такъ естественна была его радость, что практическія соображенія привели современныя государства къ необходимости приступить къ осуществленію того, что столько лѣтъ составляло предметъ его мечтаній.

Но, горячо сочувствуя дѣлу мирныхъ конференцій, онъ не закрывалъ глазъ на несовершенства Гаагской Палаты, онъ прекрасно видѣлъ ея недостатки и сплошь да рядомъ неискренность создавшихъ ее правительствъ. За послѣдніе годы тревожныхъ событій на Ближнемъ Востокѣ онъ не разъ съ горечью констатировалъ, что существованіе этого учрежденія не способствовало устраненію царящихъ тамъ неурядицъ на основѣ права и справедливости. Но это сознаніе, что Гаагскій трибуналъ не играетъ въ современной международной жизни той роли, которую онъ долженъ былъ бы выполнять, — не приводило его, какъ многихъ современныхъ политиковъ и юристовъ, къ скептической оцѣнкѣ итоговъ конференцій мира. И тутъ сказалось его бережное отношеніе ко всему, что въ нашей жизни въ конечномъ итогѣ ведетъ къ торжеству справедливости. Примѣняя образное выраженіе барона Б. Нольде[2]), можно сказать, что гр. Камаровскій не былъ способенъ разбить этотъ драгоцѣнный сосудъ только потому, что онъ еще не наполненъ драгоцѣнной влагой. Знакомство съ учеными трудами проф. Камаровскаго оставляетъ впечатлѣніе необыкновенно цѣльнаго, благороднаго міровоззрѣнія ихъ автора.

Это міровоззрѣніе, глубокое и гуманное, сказывалось во всей его дѣятельности — научной, педагогической и общественной, и превращало для него занятіе международнымъ правомъ въ достойное служеніе лучшимъ идеаламъ человѣчества.

А. Нерсесовъ.

---

[1]) Съ 1909 года гр. Камаровскій состоялъ членомъ ея отъ Россіи.

[2]) «Вторая конференція мира». «Вѣстникъ Европы», 1908 г., кн. 4, страница 490.

Digitized by Google

Юридическое Обозрѣніе.

Къ юридической сторонѣ спора между графинями А. Л. и С. А. Толстыми о рукописяхъ Л. Н. Толстого[1]).

При жизни Л. Н. Толстого рукописи нѣкоторыхъ его сочиненій, въ томъ числѣ дневниковъ за нѣсколько лѣтъ, были сданы на храненіе въ Московскій Историческій музей. Сдала ихъ вдова Софья Андреевна отъ своего имени, а не отъ имени Л. Н. Толстого. Такъ какъ и мать и дочь заявляютъ теперь притязаніе на выдачу имъ этихъ рукописей, то Историческій музей не рѣшился выдать ихъ ни той ни другой. Гр. С. А. подала на дѣйствія музея жалобу по начальству, и дѣло теперь дошло уже до I департамента Сената. Пока всѣ инстанціи не находили возможнымъ выдать рукописи просительницѣ, видимо, требуя судебнаго признанія ея права[2]). Въ то же время вопросъ о правахъ на эти рукописи не сходилъ со страницъ повременной печати. Особенно много вниманія удѣляли этому вопросу газеты «Русскія Вѣдомости»[3]) и «Русское Слово», при чемъ въ полемикѣ неоднократно принимали участіе и сами заинтересованныя стороны. По свѣдѣніямъ газетъ, дѣло должно отчасти уладиться мировой. Часть скрытыхъ сокровищъ выйдетъ въ свѣтъ къ искренней радости почитателей великаго писателя. Для насъ, юристовъ, споръ этотъ имѣетъ особый интересъ независимо отъ того, какъ онъ разрѣшится въ дѣйствительности. И именно съ этой технической стороны юриста не могла удовлетворить газетная полемика: въ ней отсутствовала точная постановка, а не только рѣшеніе юридической стороны спора. Весьма возможно, однако, что и наши дальнѣйшія разсужденія окажутся раздражаю-

[1]) Сообщеніе, прочитанное въ Казанскомъ Юридическомъ Обществѣ 5 октября 1913 года.

[2]) Точно такъ же предложено было обратиться въ судебныя учрежденія гр. Александрѣ Львовнѣ, когда она подала всеподданнѣйшее прошеніе о выдачѣ ей музеемъ рукописей. «Русскія Вѣдомости», 1912 года, № 906, стран. 3.

[3]) Особенно важна, какъ дающая фактическій матеріалъ, статья: Споръ о рукописяхъ графа Л. Н. Толстого, въ № 246 «Русскихъ Вѣдомостей», 1912 г.

Digitized by Google

щими чувства справедливости, интуитивное право тѣхъ, которые жаждутъ скорѣйшаго разрѣшенія спора въ интересахъ графини Александры Львовны, въ которой не безъ основанія видятъ какъ бы живую носительницу пожеланій самого Толстого.

I.

Оставляя пока въ сторонѣ обсужденіе дѣйствій музея, мы остановимся прежде всего на частноправовыхъ отношеніяхъ обѣихъ графинь. Утвержденія сторонъ таковы: гр. С. А. говоритъ, что рукописи были подарены ей ея мужемъ при его жизни; она, какъ собственница, отдала ихъ на храненіе и, какъ собственница, не обязана ихъ отдавать теперь А. Л., единственной наслѣдницѣ Толстого, ни въ собственность, ни даже во временное пользованіе для снятія копій, а если ее и обяжутъ судомъ отдать, то и тогда гр. А. Л. не имѣетъ по закону права публиковать дневники безъ ея, Софьи Андреевны, согласія. Напротивъ, графиня А. Л. утверждаетъ, что рукописи не были подарены, а что если онѣ и подарены, то и въ этомъ случаѣ онѣ должны быть ей выданы, такъ какъ ей и только ей одной завѣщано авторское право на всѣ сочиненія ея отца, почему она имѣетъ право пользоваться всѣми рукописями; ей же одной принадлежитъ право публикаціи дневниковъ. Мы видимъ, что обѣ стороны отчасти опираются на право собственности на самыя рукописи, какъ на вещи, а отчасти на приписываемыя имъ себѣ авторскія имущественныя и личныя права на литературныя сочиненія, содержащіяся въ этихъ рукописяхъ.

Фактическая сторона дѣла проста. С. А. выдвигаетъ уже описанный фактъ отдачи ею на сохраненіе отъ своего имени рукописей въ Историческій музей, а А. Л. — завѣщаніе Толстого, соотвѣтственная часть котораго гласитъ[1]): «Всѣ мои литературныя произведенія, когда либо написанныя по сіе время и какія будутъ написаны мной до моей смерти, какъ уже изданныя, такъ не изданныя, какъ художественныя, такъ и всякія другія, оконченныя и неоконченныя, драматическія и во всякой иной формѣ, переводы, передѣлки, дневники, частныя письма, черновые наброски, отдѣльныя мысли, замѣтки, — словомъ, все безъ исключенія, мною написанное по день моей смерти, гдѣ бы таковое ни находилось, у кого бы ни хранилось, какъ въ рукописяхъ, такъ равно и напечатанное, при томъ, какъ право литературной собственности на всѣ безъ исключенія мои произведенія, такъ и самыя рукописи и всѣ оставшіяся бумаги завѣщаю въ полную собственность дочери моей Александрѣ Львовнѣ

[1]) «Русскія Вѣдомости» 1910 годъ, № 265, стран. 2.

Digitized by Google

Толстой». Изъ текста завѣщанія совершенно ясно слѣдуетъ, что А. Л. стала активнымъ субъектомъ всѣхъ авторскихъ правъ Толстого, стала она собственницей и всѣхъ рукописей, которыя принадлежали Толстому на правахъ собственности. Слѣдуетъ ли отсюда, что ей принадлежитъ право собственности и на рукописи, находящіяся въ Историческомъ музеѣ. Въ печати легко отвѣчаютъ на это: да, ссылаясь на слова завѣщанія, «гдѣ бы рукониси ни хранились». Однако дѣло обстоитъ юридически не такъ просто, наслѣдодатель передаетъ наслѣднику только то, на что онъ[1]) имѣетъ право собственности въ моментъ открытія наслѣдства. Поэтому, какъ бы ни старалось завѣщаніе обнять рѣшительно всѣ рукописи Толстого на всѣ тѣ рукописи, которыя Толстой подарилъ кому-либо при своей жизни, А. Л. права собственности не имѣетъ, подобно тому какъ у А. Л. нѣтъ права собственности и ни на одно изъ писемъ Толстого, написанныхъ имъ во время жизни и доставленныхъ адресатамъ, такъ какъ съ момента полученія адресатами этихъ писемъ право собственности на письмо, какъ на рукопись, принадлежитъ получившему это письмо. Центръ тяжести всего спора о рукописяхъ сводится такимъ образомъ къ разрѣшенію вопроса о томъ, были ли дѣйствительно подарены эти рукописи Л. Н. Толстымъ своей женѣ при жизни, какъ она это утверждаетъ, или же были даны имъ ей только для отдачи на храненіе, какъ это утверждаетъ А. Л. Въ первомъ случаѣ С. А. несомнѣнная собственница рукописей, во-второмъ столь же несомнѣнною собственницею является А. Л. въ силу завѣщанія. Такъ какъ для передачи движимой вещи не требуется письменнаго договора, и такъ какъ точно такъ же допускается и отдача на храненіе несобственникомъ безъ письменнаго уполномочія собственника, то ни въ какихъ средствахъ доказыванія обѣ стороны не ограничены. Однако положеніе А. Л. представится при разсмотрѣніи дѣла въ судебныхъ мѣстахъ неизмѣримо худшимъ, чѣмъ положеніе С. А. По статьѣ 534 зак. гр. «движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано». Хотя сейчасъ владѣетъ рукописями музей, но его владѣніе ими — владѣніе только производное, онъ признаетъ, что онъ владѣетъ вещами, ему чужими, отъ имени поклажедателя, т.-е. гр. С. А., которая поэтому, какъ лицо, на имя котораго выдана сохранная расписка, и является той владѣлицей, о которой говорится въ ст. 534. Такимъ образомъ при оспариваніи у С. А. права

[1]) Его имущество (1010 зак. гражд.), «совокупность имуществъ, правъ, и обязательствъ, оставшихся послѣ умершаго» (1104 зак. гражд.), и communis opinio ученыхъ (Г. Ф. Шершеневичъ, Учебн. гражд. права, 10-е изд. стран. 784) и практики (Рѣш. гражд. касс. деп. Пр. Сен. 1875 г. № 507, 1876 г., № 302, 1880 г. № 31).

Digitized by Google

собственности на рукописи на А. Л. падетъ цѣликомъ бремя доказыванія, т.-е. ей надо будетъ доказать, что когда-то Толстой далъ эти рукописи своей женѣ не въ подарокъ, а только съ опредѣленной узкой цѣлью внести на храненіе въ музей. Конечно, доказать это представится теперь по истеченіи большого времени далеко не легкимъ, отъ самой же С. А. судебныя мѣста не имѣютъ права требовать доказательства одаренія ея Л. Н. Толстымъ этими рукописями. Статья 534 закрываетъ ее цѣликомъ[1]). Эта статья совершенно разрушаетъ высказывавшіяся въ печати соображенія, что долженъ доказывать утверждающій положительный фактъ, а не отрицательный. Впрочемъ самъ Сенатъ далеко не всегда[2]) проводитъ свое вообще научно-ложное утвержденіе, что отрицательныхъ фактовъ нельзя доказывать. Положеніе А. Л. въ процессѣ еще болѣе ухудшится, если С. А. сдѣлаетъ ссылку (ст. 706 уст. гр. суд.) на пріобрѣтеніе ею на рукописи, какъ на движимыя вещи, права собственности по давности. Допустимъ, что А. Л. удастся доказать, что С. А. получила рукописи не въ собственность, а только для опредѣленной цѣли внести ихъ на храненіе отъ имени мужа, или даже что она самовольно взяла эти рукописи. Во второмъ случаѣ съ самаго начала, въ первомъ случаѣ съ того момента, какъ она самовольно измѣнила свое производное владѣніе на самостоятельное, т.-е. съ момента внесенія рукописей на храненіе отъ своего имени гр. С. А. начала владѣть въ видѣ собственности спокойно, безспорно и непрерывно, и такъ владѣетъ до сихъ поръ, такъ какъ ни самъ Толстой, ни его правопреемница иска къ ней не предъявляли[3]). Обращеніе А. Л. къ музею и ея всеподданнѣйшее прошеніе не могли сдѣлать спорнымъ владѣнія С. А. (559 зак. гражд.). Десятилѣтній срокъ ст. 565 зак. гражд. истекъ уже давно, если вѣрить газетнымъ сообщеніямъ, о времени внесенія гр. С. А. рукописей въ Румянцевскій музей. Еще 14 мая 1894 года эти 8 ящиковъ съ рукописями были приняты на храненіе отъ С. А. Румянцевскимъ музеемъ, который выдалъ ей расписку за подписью директора Дашкова и секретаря Бушера въ томъ, что музей обязанъ былъ выдать эти ящики гр. С. А., или кому она прикажетъ, а послѣ ея смерти ея наслѣдникамъ»[4]). Въ январѣ 1904 года ящики эти были получены обратно С. А. и были отданы ею же отъ своего имени на храненіе въ Историческій музей,

---

[1]) Е. В. Васьковскій, Учебникъ гражд. права, вып. 2, 43.

[2]) Б. В. Поповъ, Распредѣленіе доказательствъ между сторонами въ гражд. процессѣ. Х. 1905 годъ, стран. 333—335.

[3]) Какъ извѣстно, наше право не требуетъ для пріобрѣтенія права собственности по давности добросовѣстности и свободно разрѣшаетъ самовольный переходъ отъ владѣнія на другого къ владѣнію на себя.

[4]) «Русскія Вѣдомости», 1912 годъ, № 246.

Digitized by Google

«гдѣ находились другіе ящики съ рукописями гр. Л. Н. Толстого, тоже доставленные туда С. А. Толстой»[1]).

Ссылка на давность являлась бы наиболѣе тяжкимъ юридическимъ доводомъ въ спорѣ и рѣшала бы его очень просто[2]). Надо отдать справедливость гр. С. А. Толстой, что она, видимо, не хочетъ бороться этимъ формальнымъ путемъ, а выдвигаетъ только дареніе, какъ основаніе своего права, вызываясь въ своихъ жалобахъ на музей доказать фактъ даренія свидѣтельскими показаніями[3]).

II.

Если А. Л. не удастся доказать своего права собственности на рукопись, и право собственности останется за С. А., то понятно А. Л. не можетъ требовать выдачи ей рукописей въ силу вещнаго права. Спрашивается, не можетъ ли она потребовать себѣ ихъ хотя бы для временнаго пользованія въ силу принадлежащаго ей авторскаго права на сочиненія отца. Нѣтъ ли у нея права требовать осмотра этихъ рукописей, временнаго доступа къ нимъ, права аналогичнаго праву свиданій супруговъ, живущихъ раздѣльно, съ ихъ дѣтьми. Ученые различаютъ въ настоящее время имущественныя авторскія права и личныя авторскія права. Какъ доказалъ бар. А. А. Симолинъ въ своемъ докладѣ 26 февраля 1912 года въ засѣданіи Юридическаго общества при Казанскомъ университетѣ, нашъ новый законъ объ авторскомъ правѣ не поставилъ себѣ принципіальною задачею различить два вида авторскихъ правъ[4]). Въ результатѣ получилось отсутствіе охраны для многихъ личныхъ неимущественныхъ интересовъ автора и кромѣ того трудность самыхъ способовъ охраны даже признанныхъ въ законѣ личныхъ правъ, такъ какъ законъ въ большинствѣ случаевъ тѣсно связалъ ихъ охрану съ обладаніемъ имущественнымъ авторскимъ правомъ. Впрочемъ, нѣкоторыхъ от-

---

[1]) [3]) «Русскія Вѣдомости», 1912 годъ, № 246.

[2]) Правда, въ давностномъ владѣніи С. А. есть, быть можетъ, перерывъ. Рукописи были взяты ею изъ Румянцевскаго музея и затѣмъ только черезъ нѣкоторый промежутокъ времени внесены на храненіе въ Историческій музей. Можетъ быть, она теряла въ это время владѣніе, напр., онѣ были отв зены самому Л. Н. Толстому, и тотъ владѣлъ ими. Однако это опять-таки должна доказать А. Л. Хотя нашъ законъ не знаетъ прямо статей аналогичныхъ 2234 французскаго уложенія и 911 нашего проекта, изд. Тютрюмова и Саатчіана, но сенатская практика также считаетъ, что, доказавъ начало владѣнія, давностный владѣлецъ созидаетъ предположеніе непрерывности его. Зато А. Л. можетъ требовать отъ С. А. доказательствъ того, что содержимое 8 ящиковъ, внесенныхъ въ Румянцевскій музей, идентично съ содержимымъ 8 ящиковъ, стоящихъ въ Историческомъ музеѣ. Такъ какъ ящики были заперты, то доказать это будетъ для С. А. не такъ легко.

[4]) А. А. Симолинъ, Охрана личныхъ правъ авторовъ въ новомъ законѣ объ авторскомъ правѣ 20 марта 1911 года. «Вопросы права» 1912, кн. 2 (X), стран. 90 сл.

Digitized by Google

дѣльныхъ правомочій законъ нашъ коснулся, напримѣръ права автора требовать, чтобы издатель не искажалъ его произведенія въ своемъ изданіи (ст. 70.) Пришлось также закону задуматься въ частности и надъ интересующимъ насъ вопросомъ, правда, въ примѣненіи не къ литературнымъ, а къ художественнымъ произведеніямъ. Какъ мы уже говорили, законъ строго отличаетъ вещное право на произведенія на рукописи, на картины, на книги, на ноты и т. д. отъ авторскаго права на произведенія, заключающіяся въ этихъ рукописяхъ, нотахъ, статуяхъ и т. д. Когда мы имѣемъ дѣло съ произведеніемъ художественнымъ или музыкальнымъ, то предметъ внѣшняго міра, въ который оно вложено, часто не имѣетъ большого значенія для автора. Нерѣдко авторъ можетъ обойтись безъ него вовсе. Въ душѣ автора можетъ оставаться стихотвореніе, звучать музыкальное произведеніе, если онъ и подарилъ или потерялъ рукопись, на которой они были набросаны. Да, если авторъ ихъ и не помнитъ, то для него достаточно имѣть простую копію своего произведенія, писанную чужой рукой, машиной. Чѣмъ опрятнѣе копія, чѣмъ менѣе съ внѣшней стороны похожа на первоначальный, перечерканный авторскій подлинникъ, тѣмъ это даже удобнѣе для самаго автора при осуществленіи его имущественнаго авторскаго права и личнаго на передачу его произведенія въ точности, разъ только копія точно передаетъ установленную авторомъ окончательную редакцію. Доступъ къ рукописи литературнаго произведенія имѣетъ гораздо большее значеніе для ученаго изслѣдователя творчества даннаго автора, чѣмъ для самого творца. Другое дѣло — подлинникъ художественнаго произведенія. Продавать картину и скульптуру автору приходится нерѣдко, не оставляя у себя копіи, да часто и нѣтъ такого средства, чтобы эта копія абсолютно вѣрно передавала подлинникъ, напр. картину; сами способы копированія постоянно технически улучшаются, такъ что черезъ нѣкоторое время можно имѣть лучшую копію, чѣмъ первоначально. И законодатель нашъ, оставившій пробѣлъ въ законѣ по вопросу о доступѣ автора къ своему литературному произведенію, не возбудившій объ этомъ вопроса и въ мотивахъ, счелъ долгомъ разрѣшить настоящій вопросъ по отношенію къ художественнымъ произведеніямъ, гдѣ интереса у автора на доступъ къ подлиннику гораздо больше, чѣмъ у автора литературнаго произведенія. Законъ 20 марта 1911 г. (ст. 52) оставилъ за художникомъ авторское право на всѣ созданныя имъ произведенія, вещное право на которыя онъ отчудилъ, на всѣ проданныя, подаренныя имъ картины, рисунки статуи и т. д. за исключеніемъ сдѣланныхъ по заказу портретовъ, но и ихъ онъ позволилъ художнику самому воспроизводить, правда,

Digitized by Google

только при изданіи (arg. ст. 72) полнаго собранія сочиненій (и при условіи вообще появленія ихъ въ свѣтъ), охранивъ здѣсь не только имущественный, но и личный интересъ художника предстать передъ обществомъ въ полномъ проявленіи всего имъ созданнаго. Вопросъ же о доступѣ ко всѣмъ этимъ отчужденнымъ произведеніямъ законъ рѣшилъ отрицательно. Статья 53 говоритъ: «собственникъ художественнаго произведенія не обязанъ допускать художника къ пользованію этимъ произведеніемъ для повторенія, размноженія или изданія его». Эту статью закона обязаны мы примѣнить по аналогіи и къ нашему случаю. Только такое толкованіе будетъ въ духѣ закона, согласно со статьей 9 уст. гр. суд.: если художнику, особенно нуждающемуся въ доступѣ къ своимъ произведеніямъ, законъ не разрѣшаетъ доступа къ нимъ, разъ только вещное право ушло изъ его рукъ, то тѣмъ болѣе лишенъ такого доступа авторъ или субъектъ авторскаго права на литературное произведеніе.

III.

Какъ утверждаютъ газеты, гр. С. А. обѣщаетъ гр. А. Л. доступъ къ рукописямъ Толстого, если онѣ будутъ признаны ея собственностью, но въ одномъ она остается непреклонной, она безусловно отказываетъ дать согласіе на публикацію хранящихся въ Историческомъ музеѣ дневниковъ, говоря, что даже и тѣхъ дневниковъ, которые уже находятся въ фактическомъ обладаніи и въ безспорной собственности А. Л., она можетъ также не позволить издать въ свѣтъ. Она опирается на ст. 29 закона объ авторскомъ правѣ, которая устанавливаетъ для наслѣдниковъ по закону особое личное право препятствовать изданію дневниковъ. «Дневники, всякія частныя записки, говоритъ эта статья, не предназначавшіеся къ напечатанію, могутъ быть изданы послѣ смерти автора лишь съ согласія лицъ, имѣющихъ послѣ него право наслѣдованія по закону, если по сему предмету умершимъ не было сдѣлано особаго распоряженія. По истеченіи 50 лѣтъ со времени смерти автора, для изданія требуется согласіе лишь пережившаго супруга и дѣтей автора». Общая норма этой статьи, аутентически признающая супругу за наслѣдника по закону, несомнѣнно говоритъ за С. А. Можетъ возникнуть сомнѣніе, примѣняются ли вообще статьи новаго закона къ данному случаю. Не надо забывать, что Толстой составилъ завѣщаніе 22 іюля 1910 года[1]) и скончался 7 ноября того же года, а новый законъ утвержденіе свое получилъ только 20 марта 1911 года. Однако изъ смысла статей 1 и 2 отдѣла XIII новаго закона, какъ

[1]) «Русскія Вѣдомости», 1910 годъ, № 265, 2 стран.

Digitized by Google

заключеніе отъ противнаго, мы должны вывести, что ко всѣмъ произведеніямъ, не появившимся въ свѣтъ до вступленія этого закона въ силу, новый законъ примѣняется. Дневники Толстого еще не опубликованы, а законъ дневники и записки подводитъ подъ литературныя произведенія — выводъ изъ систематическаго положенія ст. 29. Такимъ образомъ пользоваться ст. 29 новаго закона при разрѣшеніи даннаго случая мы можемъ. На этотъ разъ рѣшать однако мы должны не въ пользу гр. С. А., а безусловно ея дочери. Статья 29 даетъ наслѣдникамъ по закону право на дневники, но допускаетъ двоякое исключеніе. Въ статьѣ 29 выраженіе «не предназначавшіеся къ напечатанію» поставлено въ мужскомъ родѣ, т.-е. оно относится не только къ запискамъ, но и къ дневникамъ; слѣдовательно, дневникъ, предназначенный самимъ авторомъ къ напечатанію, подойдетъ подъ дѣйствіе не 29 ст., а общихъ нормъ объ авторскомъ правѣ, и во-вторыхъ, законные наслѣдники теряютъ право препятствовать публикаціи дневниковъ, если такова воля умершаго, выраженная, конечно, въ законной формѣ, т.-е. въ завѣщаніи. Судя по газетамъ, А. Л. опирается на первое исключеніе и утверждаетъ, что Л. Н. Толстой самъ предназначалъ эти дневники къ напечатанію. Что значитъ дневникъ, предназначенный къ напечатанію, въ какую форму должно отлиться это предназначеніе, чтобы его призналъ судъ? — все это вопросы, могущіе возбуждать много споровъ[1]). Правда, по словамъ А. Л., у нея есть полныя доказательства этого предназначенія. Въ печати доказательства эти не раскрыты, такъ что намъ судить о ихъ юридической силѣ трудно. Думается мнѣ, что судить и не надо. Вмѣсто ссылки на предназначеніе дневниковъ къ печати, А. Л. можетъ воспользоваться вторымъ исключеніемъ 29 статьи и доказывать, что Толстымъ сдѣлано особое распоряженіе о дневникахъ въ пользу именно ея, А. Л. Если разсматривать текстъ завѣщанія Толстого съ точки зрѣнія нынѣ дѣйствующаго закона, то такого особаго распоряженія въ немъ нѣтъ. И рукопись, и авторское право на дневники завѣщаны, правда, Александрѣ Львовнѣ, однако завѣщано это авторское право на ряду съ авторскимъ правомъ на всѣ остальныя литературныя

---

[1]) Впрочемъ, въ литературѣ за льготное толкованіе этого выраженія высказались уже бар. А. А. Симолинъ. «Вопросы права», 1912 г., 2 (X), стран. 108, также Я. А. Канторовичъ, «Авторское право» 1911 г., 122; однако ихъ мнѣніе встрѣтило противника, говорящаго, правда, только о письмахъ, а не дневникахъ, въ лицѣ проф. Б. В. Попова («Жур. Мин. Юст.» 1912 годъ, № 4, стран. 106 сл.) Частныя письма: Ф. С. Шендорфъ («Журн. Мин. Юст.» 1913 г. № 3, стран. 175) Субъектъ авторскаго права разбираетъ стт. 28 и 29 болѣе съ точки зрѣнія политики права; также болѣе критически, чѣмъ догматически, высказывается С. А. Бѣляцкинъ, Новое авторское право въ его основныхъ принципахъ, С.-Пб. 1912 г., стран. 82—89.

Digitized by Google

произведенія. Между тѣмъ статья 29 предоставляетъ наслѣдникамъ по закону не авторское право, а личное право давать или не давать согласіе на публикацію дневниковъ, хотя бы авторскія права и рукописи дневниковъ принадлежали наслѣдникамъ по завѣщанію. Поэтому теперь авторъ долженъ категорически указать, что онъ лишаетъ наслѣдниковъ по закону личнаго права, предоставленнаго имъ 29-й статьей. Однако этотъ, самъ по себѣ вѣрный, выводъ непримѣнимъ какъ разъ къ завѣщанію Толстого, ибо оно и написано и вошло въ силу при дѣйствіи иного, стараго закона. Статья 10 приложенія къ ст. 420 прим. 2 тома X части 1 говорила: «частныя записки и другія бумаги, не предназначавшіяся въ свѣтъ, могутъ быть издаваемы не иначе, какъ съ воли сочинителя, а въ случаѣ смерти его, съ согласія его наслѣдниковъ». Тутъ идетъ рѣчь о наслѣдникахъ вообще, а не наслѣдникахъ по закону только. Такимъ образомъ прикровенно въ завѣщаніи Толстого содержится устраненіе права вдовы препятствовать публикаціи дневниковъ. Назначеніе А. Л. наслѣдницей дневниковъ въ завѣщаніи Толстого должно толковаться въ связи со статьею 10 приложенія къ 420 примѣчанію 2 зак. гражд. Только она является по волѣ завѣщателя тѣмъ наслѣдникомъ, безъ согласія котораго не могутъ публиковаться эти дневники. Мнѣ кажется такимъ образомъ, что вопросъ о томъ, кому принадлежитъ право публикаціи дневниковъ, долженъ рѣшаться въ пользу дочери, а не вдовы великаго писателя.

IV.

Мы оставляли пока въ сторонѣ самый музей, который по соображеніямъ, не опубликованнымъ въ печати и о которыхъ можно только догадываться, отказывается выдать рукописи С. А. и даже не допускаетъ до обозрѣнія не только А. Л., но и С. А. Дѣйствія музея мы должны разсмотрѣть въ двухъ отношеніяхъ: 1) правъ ли онъ въ своемъ отказѣ и во 2), что ему грозитъ при признаніи судебными мѣстами въ будущемъ неправильности его дѣйствій. Приступая къ разрѣшенію этихъ вопросовъ, приходится прежде всего оговориться, что, не имѣя подъ руками текста сохранной расписки все время приходится оставаться въ области гаданій столь непріятныхъ сердцу всякаго юриста, прежде всего требующаго фактовъ и тогда уже дающаго право. Единственный случай, когда А. Л. была бы юридически обезпечена отъ выдачи музеемъ рукописей Толстого — наложеніе на нихъ ареста судомъ по иску, предъявленному ею къ С. А. о правѣ собственности на эти рукописи. Именно этого въ дѣйствительности нѣтъ. Насколько извѣстно, А. Л. подобнаго иска не предъявляла, такъ что объ арестѣ рукописей рѣчи

Digitized by Google

быть не можетъ. Слѣдовательно музей отказываетъ въ выдачѣ въ виду заявленія повѣреннаго А. Л. отъ 20 ноября 1910 года, о ея правѣ собственности на эти рукописи по завѣщанію. По ст. 2108 зак. гражд. «принявшій имущество на сохраненіе обязанъ возвратить его въ цѣлости тому, кто оное ему отдалъ, или отъ имени коего оно было отдано, или же лицу, отъ хозяина поклажи въ полученіи ея уполномоченному». Не подлежитъ такимъ образомъ сомнѣнію, что музей обязанъ отдать рукописи Софьѣ Андреевнѣ, какъ тому, «кто ему оныя отдалъ отъ своего имени». Законъ допускаетъ только одно исключеніе, «когда пріемщикъ освѣдомится, что вещь, имъ хранимая, есть краденая, или инымъ противозаконнымъ образомъ добытая», тогда онъ «обязанъ немедленно донести ближайшему начальству, съ представленіемъ оному и самой поклажи» та же 2108 ст. т. X ч. 1. На это исключеніе едва ли имѣетъ право сослаться музей. Слово противозаконный, а главное обязанность донести ближайшему начальству показываютъ, что рѣчь можетъ итти здѣсь только о вещи, пріобрѣтенной путемъ уголовнаго правонарушенія, преступленія или поступка и притомъ преслѣдуемаго самою властью — ex officio. Ничего подобнаго въ данномъ случаѣ нѣтъ. Ни въ какомъ уголовномъ преступленіи графиню С. А. обвинять музей не можетъ[1]). Ему предъявлены съ одной стороны требованіе исполнить его обязанность передъ С. А., какъ активнымъ субъектомъ обязательственнаго отношенія поклажи, а съ другой стороны требованіе А. Л., опирающееся на приписываемое ею себѣ вещное право собственности. Наши цивилисты совершенно правильно считаютъ, что обязательственное отношеніе поклажи существуетъ между лицомъ, принявшимъ вещь на сохраненіе и отдавшимъ отъ своего имени независимо отъ того, былъ или не былъ собственникомъ вещи, отдавшій ее на храненіе. Такимъ образомъ музей, не выдавая вещи С. А., нарушаетъ свою обязанность передъ С. А. изъ договора поклажи и долженъ считаться съ тѣмъ, что онъ будетъ нести за это отвѣтственность. Отъ этой отвѣтственности онъ могъ бы освободиться только въ томъ случаѣ, если бы, какъ я уже указывалъ, А. Л. предъявила къ С. А. или къ музею искъ виндикаціонный и наложила въ обезпеченіе этого иска арестъ на рукописи Толстого. Тогда музей могъ бы стать хранителемъ этихъ вещей уже по соглашенію съ судебной властью, вѣрнѣе приставомъ, и отвѣчалъ бы уже только, какъ отвѣчаютъ вообще при судебномъ секвестрѣ, избавляясь отъ всякой отвѣтственности

[1]) Да если бы и могъ, то прошла и уголовная давность ст. 158 Улож. о нак., если предположить, впрочемъ, установленнымъ тожество рукописей, хранившихся въ Румянцевскомъ и находящихся въ Историческомъ музеяхъ.

Digitized by Google

передъ обѣими сторонами, въ силу ли договора съ С. А. или права собственности А. Л. (ст. 630 Уст. гр. суд.). Можетъ ли музей, отказываясь выдать рукописи С. А., мотивировать свой отказъ страхомъ юридической своей отвѣтственности передъ А. Л., какъ заявившей притязаніе на тѣ же рукописи въ качествѣ предполагаемой собственницы. Такая мотивировка едва ли можетъ быть оправдана съ точки зрѣнія нашего закона; во первыхъ музей владѣетъ рукописями не отъ своего имени, поэтому даже при предъявленіи къ нему иска ему достаточно будетъ сослаться на то, что онъ владѣетъ отъ чужого имени, и привлечь въ качествѣ третьяго лица С. А., чтобы избавиться отъ всякой отвѣтственности передъ С. А. Если даже вмѣстѣ съ недавно умершимъ въ полномъ расцвѣтѣ таланта извѣстнымъ Берлинскимъ процессуалистомъ Гельвигомъ[1]) считать предположеніемъ виндикаціоннаго иска простое нахожденіе вещи у отвѣтчика независимо отъ того, отъ своего ли имени онъ владѣетъ ею, то и въ этомъ случаѣ такое привлеченіе въ качествѣ третьяго лица освободитъ музей отъ всякой отвѣтственности передъ С. А. съ одной стороны, а съ другой стороны дастъ музею право регресса къ С. А. за судебныя и за веденіе дѣла издержки, которыя могутъ быть съ музея присуждены въ пользу А. Л., такъ какъ нашъ процессъ не знаетъ института nominatio auctoris, при которомъ въ Германіи и у насъ въ Прибалтійскомъ краѣ привлеченный праводатель отвѣтчика остается одинъ въ процессѣ, первоначальный отвѣтчикъ выбываетъ и рѣшеніе ставится прямо противъ вступившаго. Если же считать предположеніемъ иска о собственности владѣніе отвѣтчика отъ своего имени, то тогда музей могъ бы воспользоваться отводомъ по 3 пункту 571 ст. уст. гр. суд. Мы видимъ, что никакой отвѣтственности музея передъ А. Л. не создаетъ одно ея заявленіе, хотя бы нотаріальное, музею о ея правѣ собственности на предметъ поклажи. Итакъ музею бояться имущественной отвѣтственности вплоть до предъявленія ею иска не приходится. Музей можетъ немедленно выдать всѣ рукописи гр. С. А. Спрашивается теперь, какой отвѣтственности подвергается музей передъ С. А. за свой отказъ. Вопросъ о срокѣ поклажи здѣсь безразличенъ, поклажедатель можетъ требовать выдачи ему ея и до наступленія срока (ст. 2105 и 2115 зак. гр.), да этотъ вопросъ можно устранить, такъ какъ, судя по газетамъ, о ненаступленіи срока вопроса вообще не поднималось. Формально для музея наступаютъ обычныя принципіально весьма тяжелыя послѣдствія, связанныя съ просрочкой и невозвращеніемъ поклажи. Сверхъ возвращенія самой вещи на музей падаетъ прежде

[1]) Hellwig, Lehrb. des d. Civilprozessrechts 1, 203.

Digitized by Google

всего отвѣтственность даже за случайную гибель или поврежденіе рукописей (ст. 2105 Зак. Гражд., ср. рр. гр. касс. деп. Сената 1868 № 590 и 1890 № 71), затѣмъ обязанности возмѣстить убытки, понесенные С. А. отъ несвоевременнаго возвращенія и наконецъ штрафъ въ пользу богоугодныхъ заведеній въ 10% съ цѣны вещей, бывшихъ у него на сохраненіи. (ст. 2115 и 2116 ст.). Фактически много С. А. взыскать съ музея едва ли сможетъ, такъ какъ убытки отъ личнаго непользованія ея рукописями будутъ относиться къ области убытковъ неимущественныхъ. Остаются убытки имущественные отъ невозможности продать рукопись или уступить пользованіе ею. Убытки эти большими быть не могутъ, такъ какъ мало найдется лицъ, которыя бы рѣшились купить эти рукописи у С. А. въ виду спорности самаго права собственности у нея на нихъ. Существенной опасностью не является также и штрафъ въ пользу богоугодныхъ заведеній, хотя онъ, можетъ быть и очень большимъ въ виду громадной, конечно, рыночной цѣнности автографовъ неизданныхъ сочиненій Толстого, такъ какъ штрафъ этотъ пойдетъ въ концѣ-концовъ тоже на государственныя нужды. Самой страшной является отвѣтственность за случайную гибель вещи. Платить тогда придется очень много. Не надо однако и здѣсь забывать, что музеи, хранящіе теперь вообще колоссальныя цѣнности, строятся такъ, чтобы находящіяся въ нихъ вещи наиболѣе обезпечены были какъ разъ отъ случайной гибели. Мы видимъ такимъ образомъ, что большого имущественнаго ущерба для музея отъ того, что онъ во-время не исполняетъ своей обязанности, не предвидится. Видимо, это соображеніе въ связи съ самою цѣлью музея, — цѣль музея сохранять историческіе памятники, — повели къ тому, что музей отказывается выдать рукописи С. А. Такой поступокъ его вполнѣ понятенъ, рукописи дневниковъ Толстого, да еще за самые важные его личной жизни годы, — историческій памятникъ первостепенной важности. Поэтому поступокъ музея, отказывающагося выдать рукописи добровольно и требующаго предъявленія къ нему иска, совершенно понятенъ. Какъ извѣстно, опять-таки изъ газетъ, С. А. обжаловала дѣйствія музея министру народнаго просвѣщенія, который согласился съ музеемъ. На дѣйствія министра принесена теперь жалоба въ первый департаментъ Сената, въ которомъ вопросъ и разсматривается въ настоящее время. Если всѣ юридическіе вопросы, которые приходилось тревожить въ настоящемъ сообщеніи, разрѣшаются сравнительно легко, то далеко нельзя сказать того же самаго про тотъ, котораго приходится намъ коснуться теперь. Имѣетъ ли право Сенатъ обсуждать въ данномъ случаѣ дѣйствія подчиненныхъ органовъ на основаніи цѣлесообразности или только по строгой

Digitized by Google

законности. Въ принципѣ первый департаментъ есть органъ административной юстиціи, могущій опираться только на законъ въ своемъ рѣшеніи. Мнѣ кажется, однако, что слѣдовало бы различать два случая, когда онъ разсматриваетъ жалобы на дѣйствія органа власти. Жалоба на дѣйствія органа власти, какъ органа власти въ собственномъ смыслѣ, и жалобы на дѣйствія органа власти, какъ представителя казны, какъ юридическаго лица частнаго права, при чемъ въ этомъ второмъ случаѣ надо опять различать двѣ категоріи[1]): начальственный органъ власти является въ одно и то же время и представителемъ казны и органомъ государственной власти, разрѣшающимъ окончательно споры между частнымъ лицомъ и казною о гражданскомъ правѣ, напримѣръ, когда подрядчикъ подаетъ жалобу на неправильный разсчетъ по начальству. Въ этомъ случаѣ, какъ извѣстно, подрядчикъ уже теряетъ право обращаться когда бы то ни было къ суду за разрѣшеніемъ его спора съ казной. Тутъ въ сущности мы имѣемъ дѣло съ дѣятельностью органа власти уже не какъ представителя казны, а какъ тоже органа власти, разрѣшающаго споръ между частнымъ лицомъ и казной; другими словами, случаи этой категоріи ничѣмъ по своему существу не отличаются отъ вышеуказанной нами первой группы, и тутъ и тамъ органъ власти можетъ судить только съ точки зрѣнія строгаго исполненія закона. Совсѣмъ иное дѣло вторая категорія, къ которой несомнѣнно принадлежитъ и нашъ случай. Между С. А. и Историческимъ музеемъ имѣется договоръ поклажи, при чемъ вся наша сенатская практика говоритъ за то, что С. А. имѣетъ право предъявить искъ въ гражданскомъ судѣ къ Историческому музею. Слѣдовательно, здѣсь всѣ постановленія административной власти не являются окончательными; если Сенатъ по первому департаменту согласится съ министромъ и откажетъ въ выдачѣ рукописей, то у С. А. остается еще въ рукахъ предъявленіе обыкновеннаго гражданскаго иска въ московскихъ судебныхъ мѣстахъ къ Историческому музею. Въ этихъ случаяхъ вопросъ о томъ, допускать или не допу-

---

[1]) Нѣкоторые намеки на возможность подобнаго раздѣленія даетъ статья 15 Учр. Пр. Сената, указывающая среди дѣлъ, подвѣдомыхъ Сенату, дѣла, «правительственныя» и «распорядительныя» и на возможность пересмотра самимъ Сенатомъ его собственныхъ постановленій по этимъ дѣламъ, при чемъ примѣчаніе къ этой статьѣ не позволяетъ подводить подъ ст. 215 рядъ дѣлъ, указанныхъ въ пунктахъ 4 и 5 ст. 19 Учр. Прав. Сената съ характерной мотивировкой, какъ дѣла, «принадлежащія по свойству своему къ дѣламъ судебнымъ». Въ этихъ пунктахъ какъ разъ указаны дѣла изъ казенныхъ подрядовъ, поставокъ и т. д. Правда, тутъ указаны и дѣла по жалобамъ лицъ, вступившихъ въ обязательства съ казною, однако тутъ сдѣлана ссылка на статьи положенія о взысканіи гражд., соотвѣтствующія нынѣ статьямъ 7, 23—30, не совпадающія съ нашимъ случаемъ, а предусматривающія какъ разъ казенные подряды и поставки, правда, и въ стадіи досудебной.

Digitized by Google

скать предъявленіе иска, зависитъ и отъ соображеній цѣлесообразности. Какъ и всякое иное физическое или юридическое лицо, казна можетъ взвѣшивать разнаго рода соображенія за то, доводить ли дѣло до суда или не доводить. При чемъ конечно, если это дѣлаетъ не самъ хозяинъ, а довѣренный, то онъ беретъ на себя отвѣтственность въ будущемъ передъ хозяиномъ за то, что онъ довелъ дѣло до иска. Если поэтому въ настоящемъ случаѣ музей отказывается выдавать рукописи до суда по тѣмъ соображеніямъ, что интересъ государства къ сохраненію рукописей значительно больше, чѣмъ могущій послѣдовать для государства денежный ущербъ отъ доведенія дѣла до суда, то такое рѣшеніе само по себѣ не имѣетъ еще ничего незакономѣрнаго по отношенію къ контрагенту казны. Государство въ будущемъ можетъ, конечно, взыскивать съ тѣхъ лицъ, которыя, допустивъ процессъ, ввели государство въ убытки, эти убытки. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что въ данномъ случаѣ первый департаментъ Сената или долженъ признать неподлежащимъ своему разсмотрѣнію жалобу на министра [1]), или же и самъ разрѣ-

[1]) Противъ подобнаго рѣшенія говоритъ пунктъ 3 статьи 19, ввѣряющей Сенату общій надзоръ разныхъ мѣстъ управленій, ст. 2 Учр. Прав. Сената и ст. 23 Пол. взыск. безсп., т. XVI, ч. 2. Тѣмъ не менѣе имѣются и важныя соображенія, могущія говорить за. По ст. 3 Уст. гр. суд. правительственныя мѣста не могутъ разрѣшать дѣла, подлежащія разбору въ судебныхъ установленіяхъ. Видимо о томъ же говоритъ конецъ ст. 23 Пол. взыск. гр. Споръ между С. А. и музеемъ несомнѣнно подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій (ср. Т. М. Яблочкова, Практ. комм. на уст. гр. суд., 1, стран. 3 тезисъ 2 и объясненія къ нему). По существу, такимъ образомъ, разрѣшать этотъ споръ, какъ судебный, первый департаментъ Сената не можетъ. Онъ могъ бы, слѣдовательно, разсматривать его, какъ мы уже указывали выше въ текстѣ, только какъ органъ административный и притомъ органъ активной администраціи, правящей, а не только надзирающей за законностью управленія. Если допустить, что Сенатъ въ данномъ случаѣ разсматриваетъ это дѣло, какъ распорядительное, то тогда онъ выходитъ уже изъ тѣхъ рамокъ, въ которыя позднѣйшимъ законодательствомъ очерченъ кругъ его дѣятельности только какъ органа контролирующаго законность управленія, высшаго органа административной юстиціи, но не органа активной администраціи. Допуская противное, мы получимъ такой неожиданный выводъ. Какъ мы уже указывали, когда представитель администраціи рѣшаетъ вопросъ о томъ, удовлетворить ли предъявленное къ казнѣ требованіе или довести дѣло до суда, то онъ долженъ помнить, что, какъ всякій довѣренный, онъ отвѣчаетъ передъ своимъ довѣрителемъ за убытки, причиняемые довѣрителю самимъ процессомъ. Если мы допустимъ теперь, что Сенатъ, какъ органъ активной администраціи, разсмотритъ жалобу гр. С. А. по существу, то, признавъ законными дѣйствія музея и министра народнаго просвѣщенія, онъ уже освободитъ ихъ отъ всякой отвѣтственности передъ государствомъ въ случаѣ, если С. А. выиграетъ впослѣдствіи дѣло противъ музея въ судебныхъ мѣстахъ. Самъ же Сенатъ окажется также безотвѣтственнымъ, потому что только ему принадлежитъ право разсмотрѣнія начетовъ на подобныя дѣйствія администраціи (ср. ст. 19 Учр. Пр. Сената). Изъ всего изложеннаго слѣдуетъ, что правильнѣе было бы, если бы Сенатъ призналъ себя вовсе некомпетентнымъ въ разрѣшеніи по существу даннаго дѣла, мотивируя это тѣмъ, что главѣ активной администраціи принадлежитъ полномочіе доводить дѣло до процесса или нѣтъ и что поэтому, рѣшивъ дѣло въ пользу процесса, министръ остался въ предѣлахъ своей компетенціи, почему жалоба частнаго лица

Digitized by Google

шать дѣло не съ точки зрѣнія только законности притязаній С. А., но и цѣлесообразности для государства дойти въ данномъ случаѣ до судебнаго процесса или же его не допускать.

V.

Есть, впрочемъ, одинъ правовой институтъ, который былъ бы вполнѣ на мѣстѣ въ данномъ случаѣ. Рукописи неопубликованныхъ произведеній Толстого, особенно его дневниковъ, представляютъ изъ себя историческій документъ громадной важности, сохраненіе котораго имѣетъ обще-государственное значеніе. Сохраненія ихъ требуетъ общеполезная цѣль. Поэтому простѣйшимъ выходомъ была бы экспропріація рукописей государствомъ. Однако примѣнить этотъ институтъ въ порядкѣ управленія представляется почти невозможнымъ. Въ наукѣ существуетъ споръ, допускается ли у насъ экспропріація движимыхъ вещей[1]). Е. В. Васьковскій рѣшаетъ вопросъ отрицательно, А. Х. Гольмстенъ, К. Н. Анненковъ, Г. Ф. Шершеневичъ — положительно. За послѣднее время мнѣніе Е. В. Васьковскаго получило какъ бы аутентическое подтвержденіе въ изданіи закона о принудительномъ отчужденіи привилегій на открытія и изобрѣтенія[2]). Но если принять за вѣрную точку зрѣнія А. Х. Гольмстена, то и тогда путемъ аналогіи трудно указать, какой органъ власти можетъ возбудить объ этомъ дѣло. Единичные случаи отчужденія движимостей, указываемые нашимъ закономъ, если ихъ считать таковыми, точки опоры не могутъ дать. Тамъ рѣчь идетъ объ уничтоженіи зачумленныхъ животныхъ, пріобрѣтеніи лошадей для войска, съѣстныхъ припасовъ въ военное время. Органы, завѣдующіе этимъ, естественно не могутъ считаться компетентными для даннаго случая. Не можетъ считаться компетентнымъ и то учрежденіе, которое вѣдаетъ обычные случаи экспропріаціи — особое присутствіе Государственнаго Совѣта по дѣламъ о принудительномъ отчужденіи недвижимыхъ имуществъ и вознагражденія ихъ владѣльцевъ, такъ какъ ему подвѣдомы только дѣла о недвижимости. Остается такимъ образомъ только путь законодательный. Пройдетъ ли такой законъ — дѣло, конечно, спорное. Впрочемъ, если уже говорить о законодательномъ вмѣшательствѣ, то наиболѣе простымъ выходомъ было бы внесеніе законопроекта, что̀ легко возможно осуществить въ порядкѣ почина самой Думы,

---

на такое дѣйствіе министра не подлежитъ разсмотрѣнію Сената, какъ контролирующаго только законность. Если же подобное толкованіе будетъ отвергнуто, то Сенату останется разсматривать себя въ данномъ дѣлѣ органомъ активной администраціи и рѣшать и по цѣлесообразности.

[1]) Объ этомъ спорѣ ср. Анненковъ, Система, т. II, 2-е изд., стран. 291.

[2]) Зак. 28 іюня 1912 года отд. 4, новая редакція ст. 97 Учр. Гос. Сов.

Digitized by Google

о небольшомъ измѣненіи въ законѣ объ авторскомъ правѣ такого рода: «лицо, имѣющее авторское право, можетъ при обстоятельствахъ, признанныхъ судомъ заслуживающими уваженія, требовать доступа къ предметамъ, въ которыхъ запечатлѣно это произведеніе, отъ лицъ, у которыхъ эти предметы находятся въ силу вещнаго или обязательственнаго на нихъ права»[1]). Такой законъ въ связи со статьею 591 Уст. гр. суд. вполнѣ бы обезпечивалъ интересы А. Л., а въ то же время и всѣхъ тѣхъ, кто боится гибели этихъ рукописей, а вмѣстѣ съ ними и содержащихся въ нихъ произведеній Л. Н. Толстого.

VI.

Выводы ваши едва ли удовлетворятъ тѣхъ, кому хотѣлось бы видѣть какъ можно скорѣе осуществленной волю Толстого, видѣть его дочь исключительной распорядительницей всѣхъ его произведеній. Для отрицателя государственнаго принужденія, Толстого, должно было быть величайшей трагедіей самое написаніе завѣщанія. Оказывается, что и завѣщаніе и все государственное принужденіе смогутъ осуществить его желаніе только въ томъ случаѣ, если графинѣ А. Л. удастся доказать, что рукописи были переданы Толстымъ его женѣ только для опредѣленной цѣли, а не въ собственность. Будь въ нашемъ законѣ признано личное право автора и вообще субъекта авторскихъ правъ на доступъ къ рукописи, хотя бы обставленное самыми тяжелыми условіями, всего бы спора между матерью и дочерью, конечно, не было. Тутъ, какъ и постоянно, сказалась одна изъ основныхъ тенденцій современнаго права на первый планъ выдвигать интересы собственника. И все-таки современное право, при современныхъ условіяхъ жизни, столь еще далекихъ отъ идеаловъ Толстого, дало возможность и осуществить волю Толстого объ одареніи крестьянъ землею и о переходѣ всѣхъ сочиненій Толстого въ общее достояніе, что, какъ извѣстно, послѣдуетъ въ ближайшемъ будущемъ. Составленіе завѣщанія, стоившее несомнѣнно Толстому большихъ мукъ, нѣкоторые плоды принесло. Остается желать, чтобы принесло плоды и ученіе Толстого, и между его вдовою и дочерью состоялось любовное соглашеніе о судьбѣ дневниковъ, какъ оно уже состоялось о судьбѣ другихъ рукописей, хранящихся въ томъ же музеѣ.

А. В. Завадскій.

---

[1]) Такая формулировка была бы вообще въ духѣ закона объ авторскомъ правѣ, какъ извѣстно, вводящаго широкое усмотрѣніе суда. Конечно, съ введеніемъ этой статьи подлежала бы отмѣнѣ теперешняя ст. 53 или по крайней мѣрѣ оговорка за исключеніемъ случая, указаннаго въ №№ (проектируемой) статьи.

Digitized by Google

Къ вопросу о сервитутныхъ отношеніяхъ въ Закавказскомъ краѣ.

На ряду съ вопросомъ о прекращеніи временно-обязательныхъ отношеній крестьянъ и поселянъ къ помѣщикамъ и владѣльцамъ въ Закавказьѣ, настойчиво напоминаетъ о себѣ и вопросъ о сервитутахъ. Ликвидируя остатки крѣпостныхъ отношеній и превращая крестьянъ въ собственниковъ ихъ надѣльной земли, нельзя будетъ надолго отодвинуть рѣшеніе вопроса о сервитутахъ: области эти тѣсно соприкасаются.

При неоднократно поднимавшихся обсужденіяхъ прекращенія временно-обязательныхъ отношеній, вопросъ о сервитутахъ систематически выдѣлялся, несмотря на очевидность ихъ взаимной связи. Причиной этого выдѣленія каждый разъ была полная неразработанность этой области и почти совершенное отсутствіе достовѣрныхъ данныхъ о числѣ и характерѣ сервитутовъ въ Закавказьѣ.

Мѣстная администрація, хорошо сознавая этотъ пробѣлъ, однако до послѣдняго времени не предпринимала мѣръ для ихъ подробнаго изученія.

Еще въ 1904 году совѣтъ главноначальствующаго гражданской частью въ Закавказьѣ призналъ свою полную неосвѣдомленность въ этомъ отношеніи.

«При неустановившихся представленіяхъ правъ, говорилось въ совѣтѣ, не только самихъ помѣщиковъ и крестьянъ на пастбищныя земли, но и крестьянскихъ должностныхъ лицъ и учрежденій, прежде чѣмъ разрѣшить вопросъ о пастбищахъ, слѣдуетъ его изучить и, разумѣется, совершенно отдѣльно отъ дѣла о выкупѣ, такъ какъ только при этомъ условіи возможно то серьезное отношеніе къ сему вопросу, которое онъ заслуживаетъ по жизненному значенію; достаточно въ этомъ отношеніи не совсѣмъ правильнаго разрѣшенія дѣла, чтобы поставить все полевое хозяйство крестьянъ въ неразрѣшимое затрудненіе, въ невозможность, напримѣръ, обрабатывать землю за неимѣніемъ пастбищныхъ мѣстъ для рабочаго

Digitized by Google

скота»[1]). Такое же сознаніе своей неподготовленности отразилось, очевидно, и въ проектѣ закона о прекращеніи временно-обязательныхъ отношеній, составленномъ канцеляріей намѣстника[2]): въ этомъ случаѣ также предлагалось сохранить неприкосновенность сервитутныхъ отношеній впредь до особаго распоряженія.

Взглядъ на недвижимую собственность, какъ на абсолютно-индивидуальное право здѣсь, какъ и вездѣ, образовался лишь постепенно.

Въ Грузіи, напримѣръ, отъ XII—XVI столѣтія право на лѣсъ изъ числа частныхъ правъ исключалось совершенно и право на пользованіе этими угодьями не было ограничено[3]). Лѣсные и пастбищные сервитуты оказались наиболѣе устойчивыми и жизнеспособными въ процессѣ образованія исключительнаго права на недвижимую собственность. Эта устойчивость легко объясняется значеніемъ именно этихъ сервитутовъ для крестьянскаго хозяйства въ Закавказьѣ. Припомнимъ только, что хозяйство здѣсь носило и носитъ экстенсивный характеръ, центромъ тяжести его было и есть скотоводство, которое можетъ процвѣтать только при условіи свободнаго пользованія пастбищами. Лѣсной сервитутъ имѣлъ и имѣетъ также большое значеніе, доставляя даровой матеріалъ для постройки жилищъ и ихъ отопленія.

Въ XVIII столѣтіи въ Грузіи мы еще встрѣчаемся съ такимъ взглядомъ законодателя на лѣсной сервитутъ: «Пользованіе лѣсомъ и дровами нельзя запрещать, потому что, если житель равнинъ не построитъ дома и не будетъ пользоваться дровами, то въ странѣ народонаселеніе уменьшится; а у государя войска и охоты не достанетъ»[4]).

Но владѣльцу лѣса все же разрѣшается оставить участокъ лѣса для охоты, воспретивъ въ немъ рубку. Въ концѣ того же XVIII столѣтія встрѣчаемъ мы еще болѣе интересный, полный патріархальной наивности, приказъ царя Ираклія II относительно права пользованія пастбищнымъ и лѣснымъ сервитутомъ: «Скажите отъ насъ, говорится въ приказѣ, дивану Амилихвари и всѣмъ Амилихвари, что Томашвили жаловались намъ, что они ни ихъ, ни ихъ людей не пускаютъ въ лѣсъ, послѣднихъ ловятъ, бьютъ, грабятъ и не позволяютъ брать изъ лѣса дровъ и пасти въ полѣ скотъ. Что это

---

[1]) Журналъ совѣта Главноначальствующаго отъ 15—25 іюня 1904 г., стран. 49.

[2]) 20 декабря 1912 г. высшія законодательныя учрежденія выдѣлили вопросъ о сервитутахъ.

[3]) С. И. Багатуровъ. Личныя и поземельныя права въ древней Грузіи. Вып. I, стран. 7—9.

[4]) «Сборникъ законовъ царя Вахтанга», стран. 51.

Digitized by Google

такое? Человѣку имѣть такой лѣсъ и притомъ полный деревьями и не позволять полевому человѣку брать оттуда дрова на отопленіе, а лѣсные матеріалы на устройство арбъ. Когда же что подобное было? Какъ не знать, что помѣщикъ никогда не согласится на подобное притѣсненіе своихъ крестьянъ. Если бы былъ небольшой лѣсъ и не удовлетворялъ бы собственнымъ ихъ потребностямъ, тогда было бы еще какое-нибудь оправданіе. А потому странно въ громадномъ дремучемъ лѣсу не позволять простому человѣку брать дрова на отопленіе и хозяйственныя обзаведенія.

Какъ это возможно? Все, что взято у крестьянъ Томашвили, все это немедленно возвратить, ничего, даже ни на одну денежку не оставить у Амилихвари, при чемъ не воспрещать имъ пользоваться изъ лѣса дровами и вывозить матеріалъ на устройство арбъ, разрѣшить имъ также пасти свой скотъ въ полѣ, иначе я сильно разсержусь на нихъ и пришлю своего саула. Совѣтую не доводить насъ до этого»[1]).

Изъ этого отрывка ясно, что возникъ споръ между двумя помѣщиками изъ-за права пользованія крестьянами одного изъ нихъ лѣсными и пастбищными сервитутами другого. Очевидно, передъ нами еще рѣдкій случай, потому что законодатель спрашиваетъ: «Когда же что подобное было? Какъ не знать, что помѣщикъ никогда не согласится на подобное притѣсненіе своихъ крестьянъ». Но въ поступкѣ Амилихвари ясно выступаетъ тенденція оградить свою собственность отъ вторженія хотя бы чужихъ крестьянъ. Съ развитіемъ экономической жизни право пользованія сервитутами, какъ между помѣщиками, такъ и между крестьянами и помѣщикомъ, которому они принадлежали, должно было измѣниться. Помѣщики находили способъ эксплуатировать свои лѣса и пастбища и, естественно, старались ограничить право пользованія этими угодьями безплатно хотя бы для крестьянъ постороннихъ. Но пока существовали крѣпостныя отношенія, въ силу которыхъ благосостояніе помѣщика зиждилось въ значительной мѣрѣ на благосостояніи крестьянъ, помѣщикъ стремился до извѣстной степени оградить интересы своихъ крестьянъ и, конечно, не могъ думать объ уничтоженіи сервитутовъ въ своихъ имѣніяхъ. По освобожденіи отъ крѣпостной зависимости, крестьяне, въ силу условій временно-обязательныхъ отношеній, должны были уплачивать помѣщикамъ за отведенную надѣльную землю. Правильность этой уплаты зависѣла отъ степени обезпеченности крестьянъ, и помѣщики вынуждены были сохранить сервитутныя отношенія.

[1]) «Грузинскія крестьянскія грамоты, акты и грамоты грузинскихъ царей». Изд. Пурцеладзе, стран. 45.

Digitized by Google

По новому закону сервитутныя права были формулированы такъ неопредѣленно, что допускали всяческое толкованіе, открывая широкій просторъ для споровъ и пререканій.

Вскорѣ развитіе хозяйства у помѣщиковъ и его постепенная интенсификація сдѣлали очень чувствительнымъ все неудобство сервитутныхъ отношеній, превративъ ихъ въ тяжелыя путы. Отношенія между помѣщиками и крестьянами очень обострились также вслѣдствіе увеличенія черезполосицы, явившейся результатомъ новаго распредѣленія земли между крестьянами и помѣщиками послѣ освобожденія отъ крѣпостной зависимости. Много крестьянскихъ земель отошло къ помѣщикамъ въ видѣ «обрѣзковъ» и земли тѣхъ и другихъ переплелись во всѣхъ направленіяхъ.

При такихъ условіяхъ или крестьяне фактически теряли возможность пользоваться сервитутами, или помѣщики вынуждены были отказаться отъ повышенія культуры хозяйства. Особенно тяжело становилось положеніе крестьянъ, если помѣщикъ продавалъ эти черезполосные отрѣзки или сдавалъ ихъ въ аренду. Въ такомъ случаѣ сервитутъ прекращалъ безусловно свое существованіе. Отношеніе между помѣщиками и крестьянами все ухудшалось; положеніе обѣихъ сторонъ становилось все тягостнѣй. Ко времени революціоннаго движенія они достигли такого напряженія, что подняли чуть ли не все закавказское крестьянство противъ помѣщиковъ.

Посмотримъ болѣе подробно, на какихъ основаніяхъ крестьяне сохранили сервитутныя права послѣ освобожденія отъ крѣпостной зависимости. Всѣ законоположенія, касающіяся сервитутовъ, находимъ мы въ особомъ «Приложеніи» къ т. IX Свода Законовъ, книга IV, раздѣлъ VI.

Пастбищный сервитутъ опредѣляется въ статьѣ 243-й слѣдующими словами: «Пользованіе со стороны крестьянъ въ предѣлахъ помѣщичьихъ земель выгонами и мѣстами для пастьбы оставляется въ порядкѣ, установившемся существующими въ каждомъ мѣстѣ обычаями, съ тѣмъ однако же, что помѣщики, не возбраняя крестьянамъ обычнаго пользованія оными, сохраняютъ право распахивать или устраивать иное хозяйство на сихъ мѣстахъ, а также дозволять и постороннимъ лицамъ пользованіе ими, но не въ ущербъ дѣйствительнымъ потребностямъ крестьянъ. Разрѣшеніе всякихъ по сему вопросу несогласій и споровъ представляется мировому посреднику».

Изъ этой статьи ясна фактическая возможность для помѣщика уничтожить пастбищный сервитутъ. Что такое, въ самомъ дѣлѣ, это право собственника «распахать» или устроить «иное» хозяйство,

Digitized by Google

исключающее возможность пасти скотъ на этихъ мѣстахъ? Правда, разрѣшается это помѣщику, если не вредитъ «дѣйствительнымъ потребностямъ крестьянъ». Но вѣдь жизненная безполезность этого заявленія ясна для всѣхъ, знающихъ, въ какой мѣрѣ интересы борящихся сторонъ зависятъ отъ реальнаго соотношенія силъ.

Въ примѣчаніи къ указанной статьѣ мы встрѣчаемъ еще болѣе краснорѣчивое положеніе: оказывается, что подъ пастбищнымъ сервитутомъ нужно понимать только право пасти скотъ, но не устраивать «парехи» (овчарни) для содержанія стадъ; пастбищный сервитутъ не касается также и зимнихъ пастбищъ. Для устройства «парехъ» и для пользованія зимними пастбищами крестьяне должны войти въ соглашеніе съ помѣщиками.

По статьѣ 244: «раздѣлъ между крестьянскими обществами и помѣщикомъ выгоновъ и мѣстъ для пастьбы происходитъ по добровольному ихъ между собою соглашенію, также съ утвержденія мирового посредника».

Но до настоящаго времени эта добровольная разверстка не происходила въ силу невозможности прійти къ соглашенію. Въ статьяхъ 232, 234, 300, 304 и 306 говорится о сервитутномъ правѣ на водопой и на рыбную ловлю, если таковая составляетъ одно изъ главныхъ средствъ существованія крестьянъ. Но и въ этомъ случаѣ крестьяне уплачиваютъ помѣщикамъ повинность, соотвѣтственно выгодѣ, получаемой ими отъ рыболовства. Право пользованія лѣсными сервитутами также ограничено и не распространяется на всѣ области Закавказья (ст. 248, 381, 515, 246, 247). Такъ вотъ на какихъ основаніяхъ право пользованія сервитутами перешло въ уставныя грамоты и существуетъ до настоящаго времени. Мы говорили уже, въ какой степени сервитутныя отношенія являются экономическимъ анахронизмомъ для болѣе или менѣе культурныхъ хозяйствъ частныхъ владѣльцевъ, и въ какой степени ростъ экономической жизни вообще противорѣчитъ ихъ существованію. Съ другой стороны, мы знаемъ, что нерѣдко жизнь крестьянскаго хозяйства зависитъ отъ существованія этихъ сервитутовъ, и ихъ уничтоженіе повлечетъ за собой ихъ разрушеніе. Однако и экономическія требованія времени, и степень напряженности въ отношеніяхъ крестьянъ и помѣщиковъ требуютъ того или иного разрѣшенія больного вопроса, и мы можемъ только привѣтствовать тѣ мѣры, которыя приняты кавказской администраціей и обществомъ для его скорѣйшаго рѣшенія. Въ настоящее время надъ этимъ вопросомъ по распоряженію намѣстника работаютъ губернскія по крестьянскимъ дѣламъ присутствія, которымъ поручено собрать матеріалы о всѣхъ видахъ «права въ чужой вещи» въ Закавказьѣ,

Digitized by Google

количествѣ полевыхъ угодій у землевладѣльцевъ и числѣ крестьянскихъ дымовъ, имѣющихъ право и осуществляющихъ это право на пастбища, выгоны и лѣса; тѣмъ же присутствіямъ поручено намѣтить и самые способы разрѣшенія даннаго вопроса»[1]). Кромѣ того, надъ этимъ же вопросомъ работаетъ Тифлисское депутатское собраніе, наконецъ, Императорское Кавказское Общество сельскаго хозяйства, избравшее изъ своей среды комиссію, которой поручено изученіе сервитутовъ Закавказья.

Такимъ образомъ, теперь можно надѣяться, что изученіе сервитутныхъ отношеній дастъ необходимую, твердую почву для удачнаго ихъ разрѣшенія, и край столь богато одаренный природой пойдетъ быстрыми шагами по пути экономическаго развитія.

О. Измаильская.

---

[1]) Журналъ «Кавказское хозяйство» № 3, 1913 г.

Digitized by Google

Земскія товарищества по закону 1906 года.

Положеніе о губернскихъ и уѣздныхъ земскихъ учрежденіяхъ предоставило вѣдѣнію этихъ учрежденій извѣстный кругъ дѣлъ «о мѣстныхъ пользахъ и нуждахъ» и строго ограничило его «предѣлами губерніи или уѣзда, каждому изъ сихъ учрежденій подвѣдомственныхъ» (ст. 1—3 Положенія о губ. и уѣздн. земск. учр.).

Вложенное въ этотъ законъ стремленіе устранить изъ вѣдѣнія земствъ обсужденіе дѣлъ общегосударственнаго значенія и воспретить имъ сношенія другъ съ другомъ даже по вопросамъ, имѣющимъ для нихъ общее значеніе, на практикѣ повело къ очевидному ослабленію дозволенной закономъ дѣятельности земствъ; связанныя въ распоряженіи своими средствами указанными предѣлами, земства должны были нецѣлесообразно дробить свои силы, понижая удовлетвореніе мѣстныхъ потребностей; въ то же время, тѣсное соприкосновеніе земствъ въ хозяйственной дѣятельности неминуемо вело къ объединенію для лучшаго служенія мѣстнымъ интересамъ и для экономіи силъ и средствъ. Земства стали объединяться въ негласные союзы и товарищества. Замѣтное процвѣтаніе ихъ объединенной дѣятельности по снабженію населенія сельскохозяйственными машинами, орудіями, сѣменами и пр. обратило на себя вниманіе правительства, которое сознало, что нужно устранить съ пути земствъ затрудненія, вытекающія изъ ихъ изолированности.

Съ этою цѣлью министръ внутреннихъ дѣлъ призналъ необходимымъ предоставить земскимъ учрежденіямъ образовывать по взаимному соглашенію посредническія товарищества и союзы для совмѣстной выписки и продажи орудій, машинъ, сѣмянъ и всякаго рода предметовъ, необходимыхъ въ сельскомъ быту.

Проектъ министра подвергся значительнымъ измѣненіямъ, и 31 января 1906 года было Высочайше утверждено мнѣніе Государственнаго Совѣта «о земскихъ товариществахъ для пріобрѣтенія и продажи необходимыхъ въ сельскомъ быту предметовъ».

Digitized by Google

Законъ этотъ вошелъ въ Положеніе въ видѣ примѣчанія къ ст. 3 и дополненія къ статьѣ 4.

Примѣчаніе къ статьѣ 3 Положенія, ограничивающей кругъ дѣйствій земскихъ учрежденій предѣлами губерніи или уѣзда, гласитъ:

«Губернскимъ и уѣзднымъ, хотя бы разныхъ губерній, земскимъ учрежденіямъ предоставляется, на основаніи постановленій земскихъ собраній, заключать между собою, по взаимному соглашенію, договоры товарищества для пріобрѣтенія и продажи сельскохозяйственныхъ орудій, машинъ, сѣмянъ и другихъ предметовъ, необходимыхъ въ сельскомъ быту».

Дополненіе къ статьѣ 4 Положенія, предоставившей земскимъ учрежденіямъ права юридическаго лица, даетъ эти права земскимъ товариществамъ въ слѣдующей редакціи:

«Образованныя земскими учрежденіями для указанной въ примѣчаніи (по прод.) къ статьѣ 3 цѣли товарищества имѣютъ право, на основаніи общихъ гражданскихъ законовъ, пріобрѣтать и отчуждать имущества, вступать въ обязательства, а также искать и отвѣчать на судѣ по имущественнымъ дѣламъ, ихъ касающимся».

Такимъ образомъ, въ строгое правило статьи 3 внесена значительная поправка, предѣлы губерніи и уѣзда раскрыты для дѣятельности земствъ, и имъ разрѣшено право взаимныхъ соглашеній по значительному ряду вопросовъ.

Не скоро послѣ изданія этого закона земства осуществили свое новое право; долгое время еще они продолжали свою дѣятельность въ видѣ негласныхъ союзовъ, какъ бы отыскивая соотвѣтствующей формы объединенія; дѣлались неудачныя попытки получить утвержденіе устава союза. Наконецъ, появляются гласныя товарищества земствъ, въ формѣ торговыхъ товариществъ, изъ которыхъ земства выбрали товарищество на вѣрѣ. Эта форма принята крупнѣйшими изъ товариществъ — Московскаго, Орловскаго, Пензенскаго и Кіевскаго губернскихъ земствъ. Какъ видно изъ отчетовъ о совѣщаніяхъ представителей земствъ, они избрали торговую форму не по соображеніямъ цѣлесообразности, а въ силу убѣжденія, что изъ договорныхъ товариществъ только торговыя признаны, охраняются закономъ и надѣлены правами юридическаго лица. Послѣдній признакъ неясно представлялся учредителямъ, и въ немъ они видѣли, главнымъ образомъ, одну сторону и одно удобство — признаніе товарищества третьими лицами. Надѣленіе земскаго объединенія правами законнаго товарищества представлялось имъ возможнымъ лишь при условіи принятія формы торговаго дома и соблюденія всѣхъ требованій Устава Торговаго;

Digitized by Google

въ виду этого, принявъ договоръ товарищества на вѣрѣ, одно изъ нихъ приняло и фирму съ перечисленіемъ товарищей и прибавкою «и К°».

Такой способъ осуществленія предоставленнаго земствамъ права явился результатомъ ограничительнаго толкованія закона, послѣдствіемъ юридическаго предубѣжденія, и самое объединеніе земствъ въ торговыя товарищества оказалось несогласованнымъ съ Уставомъ Торговымъ и нарушающимъ законъ о земскихъ товариществахъ.

Примѣненіе нормъ Устава Торговаго къ соглашеніямъ земскихъ учрежденій представляется допустимымъ съ такими оговорками и съ такими отступленіями, при которыхъ отъ требованій торговыхъ законовъ остается очень мало; между тѣмъ, именно соблюденіе ихъ въ цѣломъ и даетъ право на учрежденіе и существованіе торговыхъ товариществъ.

Торговыя товарищества отмѣчены не только узко-сословнымъ характеромъ, но еще и особенностями понятія торговли, связаннаго съ понятіемъ наживы, прибыли; договоромъ торговаго товарищества долженъ быть признанъ такой договоръ, который и по предмету, и по цѣли его является заключеннымъ по торговлѣ и для торговли. Природа той дѣятельности земствъ, для которой имъ разрѣшено объединяться въ товарищества, съ торговлею въ общепринятомъ смыслѣ имѣетъ только то общее, что и тамъ и здѣсь есть элементъ мѣны, но на этомъ сходство и оканчивается. Торговая дѣятельность есть свободно выбранный промыселъ или занятіе, осуществляемое ради полученія прибыли. Дѣятельность земствъ по снабженію населенія предметами первой необходимости есть исполненіе одной изъ возложенныхъ закономъ на земскія учрежденія обязанностей, хотя бы и предоставленныхъ имъ, а не вмѣняемыхъ, но вытекающихъ изъ круга ихъ вѣдѣнія. Какъ учрежденіе, которому государство ввѣрило осуществленіе многихъ изъ важнѣйшихъ государственныхъ задачъ, земство беретъ на себя снабженіе населенія необходимыми предметами не по свободному произволу, а въ силу обязанности, и не по соображеніямъ выгодности или капризовъ спроса, которыя свойственны торговлѣ, а на основаніи признанія государствомъ необходимости наиболѣе полно удовлетворить существеннѣйшія потребности населенія и тѣмъ обезпечить его матеріальное и духовное благосостояніе. Здѣсь не можетъ быть рѣчи о прибыли, такъ какъ то, что можетъ быть названо выгодою земскихъ учрежденій, или возвращается населенію оказаніемъ ему новыхъ услугъ или сохраняется у населенія въ видѣ сбереженій. Не конкурренція, характерная для тор-

Digitized by Google

говли, свойственна этой дѣятельности земствъ, и не конкурренція для увеличенія прибылей, а представительство отъ населенія на рынкѣ, на которомъ это населеніе признается безсильнымъ въ борьбѣ за свои интересы. Насколько при этомъ элементъ выгоды не имѣетъ значенія, видно изъ того, что въ этой дѣятельности, какъ и въ другихъ отрасляхъ земской работы, убыточность, понимаемая обычно, не можетъ остановить земство отъ исполненія возложенныхъ на него задачъ: въ этомъ отношеніи положеніе земства аналогично положенію государственныхъ учрежденій.

Слѣдовательно, по природѣ этой дѣятельности, имѣющей внѣшнее сходство съ торговлей по признаку обмѣна, примѣненіе къ ней нормъ торговаго права представляется искусственнымъ. Изслѣдованіе этихъ нормъ убѣждаетъ въ томъ, что онѣ созданы и могутъ быть примѣнены только къ торговлѣ въ придаваемомъ ей этими нормами смыслѣ и отмѣчены сословнымъ характеромъ, и раскрѣпощеніе ихъ отъ сословныхъ чертъ шло только по линіи сословныхъ же интересовъ: вѣдь, только недавно отмѣнено правило, по которому товарищество могло слагаться изъ товарищей, «въ равную гильдію записанныхъ». Самое заглавіе Манифеста 1 января 1807 года, правила котораго вошли въ Уставъ Торговый, въ раздѣлъ «О торговомъ Товариществѣ», свидѣтельствуетъ о сословномъ и личномъ характерѣ этого рода товариществъ; онъ носитъ заглавіе: «о дарованныхъ купечеству новыхъ выгодахъ, отличіяхъ, преимуществахъ и новыхъ способахъ къ распространенію и усиленію торговыхъ предпріятій». Статья 1 Манифеста: «Желаемъ, чтобы вѣроподданное Наше купечество, особливо для преобладанія во внѣшней торговлѣ, впредь производило свой торгъ въ образѣ товариществъ. Но никто къ сему не принуждается закономъ, который только указуетъ новую стезю. Образъ купеческихъ товариществъ да будетъ въ законѣ двоякій: I. Товарищество полное. II. Товарищество на вѣрѣ. Сверхъ того бываетъ товарищество по участкамъ, которое слагается изъ многихъ лицъ, складывающихъ воедино опредѣленныя суммы, конхъ извѣстное число даетъ складочный капиталъ. Но какъ цѣль онаго служить важнымъ видамъ Государственнаго хозяйства, то сего рода компанія учреждается съ Нашего утвержденія, и по существу своему допущая участниковъ изъ всѣхъ состояній, не прямо принадлежитъ къ занятіямъ купечества» (Полное собраніе законовъ, 22418. 1807 г. Генв. 1).

Такимъ образомъ, цѣль закона — дарованіе новыхъ выгодъ, отличій и преимуществъ купечеству, новыхъ способовъ къ развитію торговыхъ предпріятій; называя, далѣе, узаконяемыя това-

Digitized by Google

рищества «купеческими», законъ отличаетъ ихъ отъ акціонерныхъ компаній также сословнымъ признакомъ — допущеніемъ въ нихъ участниковъ изъ всѣхъ состояній и указаніемъ, что акціонерная компанія «не прямо принадлежитъ къ занятіямъ купечества»

Сословнымъ характеромъ отмѣчены и требованія, предъявляемыя Уставомъ Торговымъ къ товариществамъ, и соблюденіе ихъ земскими учрежденіями противорѣчитъ законамъ о земствѣ. То, что приведенный манифестъ называетъ выгодами, отличіями и преимуществами купечества, превращается въ privillegium odiosum для земскихъ учрежденій и встрѣчается непримиримо съ требованіями Положенія о земскихъ учрежденіяхъ. Товарищъ одного торговаго дома не можетъ быть въ то же время товарищемъ другого дома: это требованіе непримѣнимо къ земствамъ потому, что и положеніе, и цѣли торговца, и земства весьма различны. Земскія учрежденія вступаютъ въ товарищество не по свободному выбору, а въ силу возложенной на нихъ обязанности и, если эти обязанности наилучше могутъ быть удовлетворены въ рядѣ товариществъ, земскія учрежденія не могутъ отказаться отъ учрежденія ихъ, потому что, въ противномъ случаѣ пришлось бы допустить своеобразный отказъ или освобожденіе земствъ отъ исполненія ихъ прямого долга. Напримѣръ, если земствомъ учреждено товарищество для пріобрѣтенія и сбыта извѣстнаго предмета и, въ то же время, обнаруживаются въ той же мѣстности наилучшія условія и наилучшій рынокъ для другого предмета потребленія, земство не имѣетъ права уклониться отъ использованія этихъ условій и привлечь, въ качествѣ учредителя, другое земство, ограничившись ролью безгласнаго вкладчика. Между тѣмъ, такое самоограниченіе земствъ, учредителей товариществъ, уже имѣло мѣсто и обезсилило наиболѣе состоятельныя и дѣятельныя земства. Смыслъ запрещенія товарищамъ учреждать новыя товарищества или входить въ нихъ на правахъ товарища объясненъ въ Манифестѣ 1807 года: «ибо товарищъ отвѣтствуетъ за долги одного дома всѣмъ своимъ состояніемъ». Это ограниченіе имѣетъ въ виду интересъ кредиторовъ. Но къ земскимъ учрежденіямъ не могутъ быть приложимы ограниченія и опасенія этого рода, ибо земства, въ смыслѣ отвѣтственности по своимъ обязательствамъ, приравнены къ казеннымъ учрежденіямъ, проникнутымъ, по выраженію Государственнаго Совѣта, «идеей о безусловной состоятельности и добросовѣстности дѣйствій». Это положеніе подтверждается и многочисленными разъясненіями Правительствующаго Сената, выдѣлившаго земскія учрежденія въ виду ихъ значенія и положенія, какъ особой организаціи съ функціями правительственной власти.

Digitized by Google

Принявъ торговую форму для объединеній, земства должны были исполнить рядъ формальностей, имѣющихъ не внѣшнее только значеніе, а глубоко затрогивающихъ положеніе земства и проводящихъ его подъ ярмомъ частнаго и сословнаго интереса: «Торговый домъ не иначе можетъ быть открытъ и не иначе получаетъ гражданское и торговое знаменованіе (ст. 62 и 71), какъ по внесеніи лицами, открывающими оный на правилахъ товарищества полнаго или на вѣрѣ, въ Городскую управу (или замѣняющее ее учрежденіе), а въ городахъ С.-Петербургѣ, Москвѣ и Одессѣ — въ Купеческую управу, выписки изъ своихъ взаимныхъ постановленій о товариществѣ и обвѣщеніи сими лицами о томъ купечества печатными листами».

Это постановленіе имѣетъ въ виду лицъ, причисляемыхъ, по выраженію закона, «къ среднему роду людей», т.-е. купцовъ и вполнѣ согласовано съ законами о состояніяхъ, въ частности, о купцахъ, объ ихъ правахъ и преимуществахъ; вполнѣ послѣдовательное подчиненіе порядка образованія товариществъ правиламъ о частномъ управленіи купеческаго сословія, оно, какъ преимущество купечества, ввѣряетъ сословному надзору торговыя товарищества и не допускаетъ учрежденія ихъ, не даетъ имъ знаменованія безъ признанія ихъ сословными установленіями. Оглашеніе учрежденныхъ товариществъ «печатными листами» также есть преимущество, — законъ удовлетворяется сословною регистраціею и оповѣщеніемъ сословія, ради поощренія купечества, не склоннаго ни объявлять капиталы, ни прибѣгать въ своихъ частныхъ дѣлахъ и интересахъ къ болѣе широкой гласности. Требованіе назначенія замѣстителя для продолженія дѣлъ въ случаѣ смерти и рядъ другихъ требованій подчеркиваютъ частный, личный и сословный характеръ торговаго закона о товариществахъ (ст. 59—76) и стремленіе законодателя получить свѣдѣнія о количествѣ вносимаго капитала. Такой характеръ ихъ лишаетъ ихъ общаго значенія и не допускаетъ возможности предъявленія ихъ къ земскимъ учрежденіямъ: не представляется возможнымъ поставить актъ, исходящій отъ земства, какъ учрежденія безсословнаго, имѣющаго даже въ своей хозяйственной дѣятельности характеръ органа государственнаго, въ зависимость отъ признанія его учрежденіемъ сословнымъ, торговымъ установленіемъ, каковымъ для этого рода дѣлъ являются и купеческія, и городскія управы. Нельзя ограничить предѣлы земской гласности обвѣщеніемъ одного изъ сословій, имѣющаго наименьшее отношеніе къ земству; обвѣщеніе купечества — есть одинъ изъ моментовъ оглашенія, оповѣщающій лицъ одного промысла и одного со-

Digitized by Google

словія объ открытіи торговаго дома; онъ завершаетъ открытіе дома и полученіе имъ гражданскаго и торговаго знаменованія того «образа товарищества», который избранъ учредителями: этимъ актомъ распространяются среди купечества свѣдѣнія о составѣ товарищества, о количествѣ капитала, а также о перемѣнахъ въ составѣ для установленія того, кто долженъ отвѣчать по обязательствамъ. Уже по приведеннымъ соображеніямъ о «безусловной состоятельности и добросовѣстности» земскихъ учрежденій нельзя поставить ихъ рядомъ съ отдѣльными лицами въ исполненіи обязанности обвѣщенія, но нельзя сдѣлать этого и потому, что эта дѣятельность земствъ не является торговою и не ограничена средою одного сословія, наблюденію котораго подчинена дѣятельность торговцевъ (ст. 550 т. IX Св. Зак.).

Мы уже говорили о томъ, какъ вступленіе наиболѣе сильныхъ иниціативою земствъ въ товарищества въ качествѣ товарищей закрыло имъ возможность проявить свою полную дѣятельность въ какой-либо другой отрасли той же дѣятельности. Но и тѣ земства, которыя вошли въ товарищества въ качествѣ вкладчиковъ, приняли такую форму участія, которая лишила ихъ права проявить себя, потому что вкладчики «не входятъ въ распоряженіе дѣлами» товарищества. Несомнѣнно, что и то, и другое ограниченіе уродливо отражается на дѣятельности земствъ. Ограниченная отвѣтственность вкладчиковъ есть отступленіе отъ начала основной полной отвѣтственности по обязательствамъ и допущена, какъ отступленіе лишь настолько, насколько оно оправдывается невозможностью капиталисту лично участвовать въ веденіи предпріятія, т.-е. насколько участіе его въ предпріятіи должно ограничиваться однимъ внесеніемъ имущественнаго вклада (проектъ Гражданскаго Улож., кн. V, стран. 319) По самой идеѣ земскихъ учрежденій и по идеѣ объединенія ихъ въ товарищества, объединеніе имѣетъ цѣлью дѣятельность земства, а не ограниченіе ея и, во всякомъ случаѣ, земство-вкладчика нельзя приравнять ко вкладчику, «дающему на вѣру свой капиталъ»,—какъ бы ни слагались въ товариществѣ отношенія, права и обязанности ихъ, цѣль объединенія, по свойству земскихъ учрежденій, есть распоряженіе народными средствами, а не отдача ихъ «на вѣру», хотя бы и такимъ же земскимъ учрежденіямъ.

Эти соображенія должны были возникать въ средѣ земскихъ учрежденій по мѣрѣ столкновенія земскихъ товариществъ съ послѣдствіями указанныхъ особенностей торговыхъ товариществъ и подчеркивать несовмѣстимость ихъ съ идеей земства. Какъ выше сказано, торговыя формы приняты земствами по соображеніямъ

Digitized by Google

кающейся необходимости принять ихъ изъ опасенія, что другіе виды товариществъ не будутъ признаны третьими лицами и не получатъ охраны закона.

Такое воззрѣніе противорѣчитъ нашимъ гражданскимъ законамъ и не вытекаетъ изъ закона о земскихъ товариществахъ.

Законы гражданскіе не дали исчерпывающаго перечня договорныхъ товариществъ, и этотъ перечень нужно восполнить указаніями Свода Законовъ и разъясненіями судебныхъ учрежденій. Томъ X, ч. 1-я Свода Законовъ гражданскихъ, давъ общее опредѣленіе товарищества, какъ соединенія въ одинъ составъ лицъ, дѣйствующихъ въ немъ подъ однимъ общимъ именемъ, отсылаетъ для опредѣленія «состава ихъ» къ общимъ положеніямъ о договорахъ и ограждаетъ условія, положенія и постановленія товарищества, если они не противны законамъ и не клонятся ко вреду, ущербу или убытку для общаго блага (ст. 2126 и 2132 т. X, I). По происхожденію своему, ст. 2132 не относится только къ четыремъ видамъ товарищества, указаннымъ въ т. X и въ Уставѣ Торговомъ: вопреки мнѣнію А. П. Башилова («Неформальныя товарищества и товарищества на паяхъ», «Журн. Мин. Юстиціи», 1904 г., № 4) о томъ, что постановленіе это по необходимости выражено въ общей формѣ, но «главнымъ образомъ имѣетъ въ виду торговыя товарищества», это постановленіе является основою для постановленія ст. 2127, перечисляющей тѣ предпріятія, которыя могутъ быть предметомъ товарищества, и исторически предшествуетъ закону о торговыхъ товариществахъ. Источникомъ той и другой статьи являются Уставъ Благочинія или Полицейскій 1782 года, Манифестъ 1 января 1807 года о дарованныхъ купечеству новыхъ выгодахъ и Высочайше утвержденное положеніе о третейскомъ судѣ. (Полное собраніе законовъ, 15379, 1782 г. апр. 8, 64, 65; 22418, 1807 г. генв. 1; 4500, 1831 г. апр. 15, § 51). Уставъ Благочинія устанавливаетъ понятіе «закономъ утвержденнаго общества товарищества, братства или иного подобнаго установленія»; положеніе о третейскомъ судѣ отдѣляетъ понятіе участниковъ торговаго дома отъ понятія лицъ, «соединенныхъ на законномъ основаніи въ одинъ составъ по торговлѣ, страхованію, по перевозкамъ и вообще по какой бы то ни было промышленности, и дѣйствующими въ семъ составѣ подъ однимъ общимъ именемъ компаніи, сообщества или товарищества». Такимъ образомъ, употребленный въ ст. 2127 терминъ охраняемаго закономъ товарищества объемлетъ всѣ виды ихъ, подходящіе подъ опредѣленіе товарищества въ ст. 2126 и имѣющіе предметомъ всякаго рода предпріятія, указанныя въ ст. 2127. Это положеніе подтверждается и тѣмъ, что и законамъ торговымъ

Digitized by Google

извѣстны другіе виды товарищества, а именно: «товарищества для особыхъ дѣлъ и предпріятій». Редакціонная коммиссія по составленію проекта Гражданскаго Уложенія признаетъ, что «товарищество, какъ и всякій договоръ, можетъ быть составлено согласно началу договорной свободы (1528 ст., т. XX, ч. I) съ отступленіемъ отъ предусмотрѣнныхъ закономъ типовъ его».

Сводъ Законовъ упоминаетъ въ разныхъ частяхъ товарищества, выходящія изъ приведеннаго въ торговыхъ и гражданскихъ законахъ перечня. Уставъ Кредитный, Горный, Законы о состояніяхъ, Уставъ о промышленности, Уставъ путей сообщенія и пр. выводятъ насъ указанными въ нихъ видами договорныхъ товариществъ изъ узкихъ рамокъ перечисленныхъ четырехъ видовъ и надѣляютъ признаніемъ товарищества, значительно отличающіяся отъ нихъ, независимо отъ регистраціи и оглашенія. Крестьянскія поземельныя товарищества для пріобрѣтенія земли съ содѣйствіемъ Крестьянскаго поземельнаго банка признаются безъ всякаго оглашенія и получаютъ право при условіи лишь образованія ихъ для этой спеціальной цѣли. Товарищества пріисковыя дѣйствительны по образованіи ихъ и сообщаютъ свои договоры Горному Управленію лишь «для свѣдѣнія». Практика Правительствующаго Сената и проектъ Гражданскаго Уложенія признаютъ установленнымъ, что договорныя товарищества извѣстны нашему гражданскому кодексу и что «всякое товарищество, имѣющее предметомъ хозяйственное предпріятіе, направленное къ полученію прибыли, законно и дѣйствительно, независимо отъ того, составлено ли оно по одной изъ формъ, прямо предусмотрѣнныхъ въ законѣ, или по другой формѣ, непредусмотрѣнной». (Гражд. Улож., кн. 5, т. III, стран. 332)

Здѣсь мы подходимъ къ моменту регистраціи товариществъ, который вовсе не установленъ гражданскими законами для договорныхъ товариществъ, что и повело къ сомнѣніямъ о значеніи и силѣ такихъ товариществъ. Если для извѣстнаго рода ихъ оглашеніе не признано обязательнымъ, то признаніе остальныхъ поставлено въ зависимость или отъ подчиненія ихъ установленной формѣ товариществъ торговыхъ или артелей, или отъ исполненія особыхъ требованій закона.

Земскія товарищества поставлены закономъ 1906 года въ особое положеніе. Они, какъ результатъ соглашенія законно существующихъ и дѣйствующихъ учрежденій, основаннаго на правильно состоявшемся постановленіи ихъ, получаютъ силу на основаніи договора и облечены правами юридическаго лица съ момента заключенія самаго договора, независимо отъ вида товарищества. Въ этомъ убѣждаетъ, какъ не оставляющій сомнѣнія текстъ

Digitized by Google

приведеннаго въ началѣ закона, такъ и справка о происхожденіи его.

Какъ видно изъ отчета по дѣлопроизводству Государственнаго Совѣта за 1906 годъ, основаніемъ закона о земскихъ товариществахъ послужило представленіе Министра Внутреннихъ Дѣлъ, полагавшаго необходимымъ предоставить земскимъ учрежденіямъ губерніи объединяться въ союзы и товарищества для совмѣстной выписки и продажи земледѣльческихъ орудій, машинъ, сѣмянъ и всякаго рода предметовъ, необходимыхъ въ сельскомъ хозяйствѣ. Этимъ органамъ предполагалось предоставить права юридическихъ лицъ, при чемъ утвержденіе уставовъ этихъ товариществъ и союзовъ имѣлось въ виду поручить Министру Внутреннихъ Дѣлъ, по представленіямъ подлежащихъ губернаторовъ.

Государственный Совѣтъ, признавая весьма желательнымъ расширеніе дѣятельности земскихъ учрежденій, счелъ нужнымъ остановиться, прежде всего, на проектируемыхъ способахъ для достиженія этой цѣли и обратилъ вниманіе на то, что въ представленіи не указано, чѣмъ проектируемые союзы будутъ отличаться отъ товариществъ, которымъ, какъ и союзамъ, предполагается дать права юридическихъ лицъ. Въ то время, какъ «понятіе товарищества точно опредѣлено гражданскими законами (Св. Зак., т. X, ч. I, изд. 1900 г., ст. 2126 и слѣд.)», «образуемые земскими учрежденіями союзы явились бы неизвѣстнымъ нашему гражданскому законодательству установленіемъ, требующимъ особаго опредѣленія», и по мнѣнію Соединеннаго Присутствія «не встрѣчается надобности вводить въ гражданскіе законы означенное новое понятіе». «Вышеуказанная цѣль объединенія дѣятельности земскихъ учрежденій вполнѣ можетъ быть достигнута предоставленіемъ имъ учреждать посредническія товарищества для пріобрѣтенія и продажи необходимыхъ для сельскаго хозяйства предметовъ». Переходя къ вопросу объ уставахъ товарищества, Департаменты замѣтили, что «товарищества, на основаніи законовъ гражданскихъ, могутъ образовываться, или посредствомъ договоровъ, или чрезъ утвержденіе въ установленномъ порядкѣ ихъ уставовъ (ст. 2132 и 2138). Уставы необходимы для компаній и товариществъ, дѣятельность коихъ, разсчитанная на продолжительный срокъ, связана со сложными отношеніями и интересами. Между тѣмъ, задача товариществъ, которыя земскія учрежденія желаютъ заводить для пріобрѣтенія и продажи сельско-хозяйственныхъ орудій и другихъ предметовъ, необходимыхъ въ сельскомъ быту, весьма проста, а срокъ дѣйствія такихъ товариществъ можетъ быть весьма различенъ, ограничиваясь въ однихъ случаяхъ лишь ближайшими годами. Вслѣд-

Digitized by Google

ствіе сего, нѣтъ основаній требовать для этихъ товариществъ уставовъ. Для образованія ихъ земскія учрежденія могутъ вступить между собою въ договоры, подобно тому, какъ губернскимъ земствамъ предоставлено заключать между собою договоры о взаимномъ перестрахованіи имуществъ отъ огня».

«Такіе договоры должны быть заключаемы на основаніи правилъ законовъ гражданскихъ, при чемъ никакого утвержденія со стороны административной власти не требуется. Но для вступленія земскихъ учрежденій въ подобный договоръ необходимы соотвѣтственныя постановленія подлежащихъ земскихъ собраній. На основаніи дѣйствующихъ относительно земскихъ учрежденій узаконеній (Св. Зак., т. II, изд. 1892 г. Пол. земск. учр.) постановленія земскихъ собраній поставлены вообще подъ контроль правительственной власти». Находя, поэтому, что обязательное представленіе постановленій земскихъ собраній на утвержденіе Министра Внутреннихъ Дѣлъ или мѣстнаго губернатора «только осложнило и замедлило бы указанную дѣятельность земствъ, отъ которой можно ожидать лишь пользы для мѣстнаго населенія», Департаменты признали «болѣе правильнымъ постановленія земскихъ собраній о заключеніи между земствами вышеупомянутыхъ договоровъ товарищества не причислять къ предусмотрѣннымъ статьями 82 и 83 Положенія о земскихъ учрежденіяхъ постановленіямъ, для законности коихъ требуется утвержденіе правительственной власти. На эти постановленія будетъ распространяться порядокъ надзора, установленный 86 и 87 статьями Положенія о губернскихъ и уѣздныхъ земскихъ учрежденіяхъ, при коемъ неопротестованныя въ двухнедѣльный срокъ губернаторомъ постановленія земскихъ собраній приводятся въ дѣйствіе».

Приведенная выписка только развиваетъ тѣ положенія, которыя включены въ текстъ закона о земскихъ товариществахъ. Права юридическаго лица предоставлены договорнымъ товариществамъ губернскихъ и уѣздныхъ земскихъ учрежденій, основаннымъ на постановленіяхъ земскихъ собраній и образуемымъ на основаніи правилъ законовъ гражданскихъ, независимо отъ рода товарищескаго объединенія. Въ то время, какъ указанныя въ отчетѣ по дѣлопроизводству Государственнаго Совѣта соглашенія земствъ о взаимномъ перестрахованіи имуществъ отъ огня заключаются также «на основаніи постановленій губернскихъ земскихъ собраній», они требуютъ утвержденія Министра Внутреннихъ Дѣлъ; новый законъ о товариществахъ освободилъ договоры земствъ отъ утвержденія административною властью. Не стѣсняя эти товарищества принятіемъ установленныхъ формъ, онъ предоставилъ

Digitized by Google

образованіе товариществъ и составленіе ихъ договоровъ на волю сторонъ на основаніи правилъ законовъ гражданскихъ, считая понятіе товарищества точно опредѣленнымъ гражданскими законами — статьею 2126 и слѣд., т. X. То оглашеніе, которое составляетъ условіе признанія обычной формы торговыхъ товариществъ, въ данномъ случаѣ отпадаетъ и замѣняется однимъ актомъ — договоромъ товарищества, если онъ заключенъ на основаніи неопротестованныхъ постановленій земскихъ собраній. Основаніе для признанія достаточнымъ такого порядка учрежденія договорныхъ товариществъ заключается въ томъ, что поставленныя подъ контроль правительственной власти земскія учрежденія являются учрежденіями, которыя дѣйствуютъ въ порядкѣ, установленномъ закономъ, и постановленія которыхъ получаютъ обязательную силу, какъ и постановленія органовъ правительственной власти. Поставленныя подъ контроль власти и дѣйствуя въ отведенныхъ ихъ вѣдѣнію предѣлахъ, земскія учрежденія, по свойству и положенію своему, не должны подлежать тѣмъ ограниченіямъ, которыя вызываются опасеніями произвола частныхъ лицъ, почему предоставленіе правъ образуемымъ этими лицами товариществамъ и поставлено въ зависимость отъ соблюденія извѣстныхъ формъ и условій, такъ какъ такія товарищества могутъ нарушить права и интересы третьихъ лицъ; самое вступленіе частныхъ лицъ въ товарищества, дѣйствующія не только въ кругу своихъ членовъ, но и въ средѣ третьихъ лицъ, права коихъ могутъ быть нарушены, можетъ находиться подъ контролемъ государства только при соблюденіи порядка регистраціи. Въ земскихъ же товариществахъ кругъ участниковъ ограниченъ земствами, предметъ товариществъ опредѣленъ, опредѣленъ и порядокъ учрежденія ихъ, отдѣльные моменты котораго публичны, извѣстны власти и совершаются въ томъ порядкѣ, который установленъ закономъ для постановленій земскихъ собраній.

Итакъ, законъ 1906 года о земскихъ товариществахъ подтверждаетъ общее положеніе нашего гражданскаго законодательства о томъ, что всякое договорное товарищество, имѣющее цѣлью соединеніе лицъ въ одинъ составъ и дѣйствіе въ этомъ составѣ подъ однимъ общимъ именемъ по предметамъ, кои не противны закону, благочинію и общественному порядку (ст. 1528 т. X, ч. 1), признается и охраняется закономъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, надѣленіе договорныхъ земскихъ товариществъ правами юридическаго лица, рядомъ съ освобожденіемъ земствъ отъ принятія для этой цѣли уставовъ и отъ примѣненія къ нимъ порядка регистраціи договорныхъ торговыхъ товариществъ, вноситъ въ законъ о гражданскихъ

Digitized by Google

товариществахъ отсутствовавшее въ нихъ начало регистраціи, особое для земскихъ учрежденій. Въ связи съ ростомъ разнообразныхъ формъ товарищества, разновременно появившихся и признанныхъ Сводомъ безъ соблюденія порядка оглашенія, гражданскими законами усваивается признаніе необходимости надѣлить правами договорныя товарищества, примѣненное въ данномъ случаѣ къ земскимъ учрежденіямъ. Надѣленіе ихъ всѣми правами юридическаго лица, несмотря на высказанныя Государственнымъ Совѣтомъ соображенія о простотѣ ихъ задачъ и о возможной краткости срока ихъ существованія, есть актъ признанія силы за договорнымъ началомъ и подтверждаетъ мысль о свободѣ формъ гражданскихъ договорныхъ товариществъ: если бы въ данномъ случаѣ имѣлись въ виду, какъ обязательныя, указанныя въ законѣ формы товарищества, то не представлялось бы надобности въ особомъ предоставленіи этимъ товариществамъ правъ, — достаточно было бы поставить полученіе этихъ правъ въ зависимость отъ принятія ими тѣхъ формъ товарищества, которыя надѣлены этими правами по закону.

Земскія учрежденія не воспользовались вполнѣ своимъ правомъ на объединеніе на договорныхъ началахъ и остановились на устарѣлыхъ формахъ его, усвоеніе которыхъ нарушаетъ идею земской дѣятельности и идею самого товарищества. Нужно пожелать, чтобы осуществленіе земствами своего права объединяться, составляющаго насущнѣйшую потребность времени и обѣщающаго дальнѣйшій расцвѣтъ земской работы, происходило на началахъ, вполнѣ отвѣчающихъ идеѣ земства, къ примѣненію которыхъ въ договорахъ товарищества приложено было бы живое творчество права.

Кн. К. Кекуатовъ.

Digitized by Google

Обзоръ иностранной юридической жизни.

(Введеніе. — Проекты уголовныхъ уложеній. — Смертная казнь. — Международный съѣздъ криминалистовъ. — Съѣздъ судей. — Законъ о присяжныхъ. — Жилищный законъ. — Театральный законъ. † Ульманъ, Баръ, Гелльвигъ, Унгеръ, Кроне).

Нашъ обзоръ долженъ касаться 1913 года. Но такъ какъ въ развитіи такихъ вѣковыхъ и громоздкихъ институтовъ, какими являются установленія права, нѣсколько мѣсяцевъ не составляютъ замѣтнаго періода, то обозрѣніе успѣховъ, достигнутыхъ юридической мыслью за мѣсяцы 1913 года, мы хотимъ связать съ движеніемъ ея и наслѣдствомъ, оставленнымъ минувшимъ годомъ. Обращаясь къ выясненію того основного принципа, который бы помогъ намъ оріентироваться въ разливающихся непрерывнымъ потокомъ массахъ юридическихъ фактовъ и отношеній Европы, мы приходимъ къ убѣжденію, что лишь тѣ правовые факты и отношенія могутъ претендовать на вниманіе при обзорѣ движенія ихъ, которые являютъ собою отраженія или воздѣйствія на соціальную жизнь. Ибо лишь въ этомъ единственномъ случаѣ бѣглый взглядъ на правовую жизнь Европы за короткій періодъ времени можетъ дать картину не случайнаго скопленія разрозненныхъ соціальныхъ фактовъ и мыслительныхъ процессовъ, а обнаружитъ тѣ разбросанныя въ разныхъ областяхъ и разныхъ странахъ отдѣльныя линіи, которыя въ конечномъ счетѣ сливаются въ единую линію процесса проникновенія права въ жизнь. Оглядываясь на тѣ основныя явленія соціальной жизни, которыя направляютъ движеніе современной правовой мысли, приходится остановиться на двухъ изъ нихъ. Положеніе личности въ современномъ государствѣ въ качествѣ подданнаго его и положеніе личности въ немъ въ качествѣ гражданина—это двѣ основныхъ проблемы современной государственной жизни стоятъ въ центрѣ юридической жизни и мысли. Изъ этого, такимъ образомъ, самимъ содержаніемъ правового творчества намѣчающагося, раздвоенія темъ мы на этотъ разъ избираемъ разсмотрѣніе вопросовъ, связанныхъ съ первой

Digitized by Google

проблемой — закрѣпленія началъ, регулирующихъ и увеличивающихъ права и гарантіи подданнаго государства.

И въ первую очередь мы должны отмѣтить продолжающееся неуклонное движеніе трехъ европейскихъ (германскаго, австрійскаго и швейцарскаго) проектовъ уголовныхъ уложеній къ своему законодательному завершенію. Въ январѣ нынѣшняго года комиссія, разсматривающая германскій проектъ, закончила первое чтеніе его и перешла ко второму, а въ Австріи палата господъ приняла австрійскій проектъ. Нелишне упомянуть здѣсь еще разъ объ основномъ тонѣ ихъ, основномъ внутреннемъ устремленіи ихъ, которое съ самаго начала позволило признать ихъ символомъ грядущаго обновленія уголовно-правовой жизни, а теперь и окончательно закрѣпило за ними это значеніе. Однако, далеко не схематическій споръ двухъ застывшихъ въ своемъ догматическомъ самолюбованіи уголовно-научныхъ школъ, и не механическое подавленіе вѣками устроявшихся догматовъ одной школы другою знаменуетъ собою основной характеръ этихъ уложеній. Вдумчивое и осторожное сочетаніе излюбленныхъ человѣчествомъ понятій съ новымъ, принципіально-новымъ содержаніемъ, незамѣтное, но упорное проникновеніе новыхъ струй научнаго вина въ застарѣлые мѣха традиціонныхъ взглядовъ—вотъ что налагаетъ свою печать на нихъ, вотъ что заставляетъ однихъ съ усиливающейся тревогой, другихъ—съ чувствомъ гордаго торжества повторять нѣкогда раздававшееся изъ устъ ветерана классической школы горькое восклицаніе: «Was bleibt noch vom Strafrecht übrig?» Въ полной мѣрѣ оправдываются слова Prins'a: «Судебное зданіе такъ величественно, что мы иногда вѣримъ въ его неподвижность. Это, однако,—иллюзія нашихъ чувствъ»[1]).

Но этотъ же шагъ впередъ можно видѣть и въ томъ положеніи, которое въ минувшемъ году занялъ кардинальный вопросъ уголовнаго права, вопросъ о смертной казни. Если на съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ въ Вѣнѣ, въ конечномъ счетѣ лишенномъ права непосредственнаго воздѣйствія на законодателя, вопросъ о смертной казни остался, въ сущности, нерѣшеннымъ, то зато на съѣздѣ швейцарскихъ юристовъ онъ былъ поставленъ въ связь съ предстоящимъ вскорѣ введеніемъ уголовнаго уложенія, и потому его рѣшенія имѣютъ реально-практическій интересъ. Къ чести Швейцаріи нужно сказать, что она достойно разрѣшила эту трудную задачу, осложнившуюся для нея, на ряду съ чисто уголовно-правовымъ моментомъ, еще и государственно-правовой стороной: боль-

[1]) Revue de droit pénal. 1912, № 3.

Digitized by Google

шинствомъ голосовъ съѣздъ постановилъ отмѣнить смертную казнь безусловно для всей Швейцаріи. Швейцаріи, такимъ образомъ, принадлежитъ отнынѣ честь установленія въ новѣйшее время среди естественныхъ правъ гражданина и новаго основного права его: никогда не платиться жизнью за какое бы то ни было дѣяніе по волѣ государства.

Въ нынѣшнемъ году происходилъ въ Копенгагенѣ съѣздъ международнаго союза криминалистовъ. Единственнымъ почти вопросомъ, который остро стоитъ на очереди и который не скоро, очевидно, сойдетъ съ очереди, былъ вопросъ о мѣрахъ обороны противъ «общеопасныхъ преступниковъ». Самое понятіе это настолько рѣзко отличается отъ принятыхъ и привычныхъ въ наукѣ и въ практикѣ понятій, что недостаточно опредѣленное отношеніе къ нему съѣзда становится понятнымъ. Сила международнаго союза криминалистовъ, кажется намъ, всегда была, по крайней мѣрѣ въ послѣднее время, не столько въ декларацiи новыхъ принциповъ и прокладываніи новыхъ путей, сколько въ чуткомъ уловленіи назрѣвающихъ въ широкихъ кругахъ общества идей. Идея же «общеопасныхъ преступниковъ», наоборотъ, встрѣчаетъ настолько сильное внутреннее противодѣйствіе въ правосознаніи широкихъ круговъ, да и логическая структура ея настолько шатка и случайна, что не вызываетъ удивленія нѣсколько академическій характеръ ея дискуссіи, понятны и неопредѣленные выводы съѣзда о ней. Ибо иначе нельзя назвать тѣ какъ будто страшащіяся сами себя рѣчи и тѣ оговорки, которыми сопровождалось принятіе резолюціи: мѣры обороны не принимаются въ отношеніи политическихъ преступниковъ, для этихъ мѣръ устанавливается minimum, но не maximum продолжительности, для фиксированія самаго понятія взяты и объективные и субъективные моменты.

Второй вопросъ порядка дня (о преобразованіи юридическихъ занятій) не могъ вызвать принципіальныхъ споровъ; въ докладѣ и дискуссіи признано, что не должно быть разницы въ подготовкѣ уголовнаго и гражданскаго судьи, но что первому нуженъ рядъ вспомогательныхъ наукъ: криминологія (біологія, соціологія, психологія)—вспомогательныя науки матеріальнаго уголовнаго права; криминалистика—вспомогательная наука формальнаго уголовнаго права, и пенологія. Рѣшеніе не принято, и вопросъ долженъ еще обсуждаться.

Обычное вниманіе привлекаетъ къ себѣ съѣздъ нѣмецкихъ судей. Прошлый, второй, съѣздъ въ Вѣнѣ почти разочаровалъ, ибо, создавшись на почвѣ глубоко-жизненной потребности судей въ опредѣленіи своихъ отношеній къ государству и народу,—отношеній

Digitized by Google

необычайно сложныхъ и отвѣтственныхъ, именно, вслѣдствіе промежуточнаго положенія судейскаго сословія между государствомъ, именемъ котораго оно дѣйствуетъ, и народомъ, во имя котораго оно дѣйствуетъ,—второй съѣздъ тѣмъ не менѣе ясно высказался въ прошломъ году противъ всякаго расширенія участія народнаго элемента въ отправленіи правосудія. Поневолѣ зарождалось опасеніе того, что, оторвавшись отъ симпатій широкихъ круговъ общества, которыми было встрѣчено нарожденіе этихъ судейскихъ съѣздовъ, союзъ германскихъ судей выродится въ замкнутую узко-профессіональную организацію, совершенно неспособную разрѣшить назрѣвшую коллизію народнаго и профессіональнаго — судейнаго правосознанія Эти опасенія, къ счастью, не оправдались. Недавно происходившій съѣздъ еще разъ подчеркнулъ значеніе этого союза судей. Онъ сразу взялся за обѣ грани правосудія: первый вопросъ былъ о томъ, «какъ устранить главныя жалобы народа на гражданскій процессъ?» Уже самая постановка вопроса показывала, что судейское сословіе признаетъ справедливость этихъ жалобъ; причины ихъ оно усматривало въ медленности и громоздкости производства, а также и въ ложныхъ рѣшеніяхъ. Съѣздъ призналъ, что существуетъ различіе между правовыми притязаніями неспорными и спорными, т.-е. такими, гдѣ неисполненіе чьего-либо права проистекаетъ изъ нежеланія или невозможности удовлетворенія его, или—изъ оспариванья самаго права. Въ соотвѣтствіи съ этимъ различіемъ съѣздъ и намѣтилъ цѣлыхъ двѣ системы мѣръ для улучшенія положенія, при чемъ знаменательно отмѣтить, что при этомъ онъ, оставивъ предѣлы судебной залы и, не замыкаясь въ рамки только процессуальныхъ измѣненій, широко намѣтилъ планы и средства къ освѣдомленію населенія о его правахъ, исключающему самую необходимость обращаться постоянно въ судъ. Судейское сословіе понимаетъ, что часто лучшая гарантія защиты правъ заключается въ обхожденіи гражданъ безъ суда!

Вторая тема—изъ уголовной области («судья и борьба съ преступленіемъ въ новомъ уголовномъ правѣ») показала, какъ справедливо указываетъ одинъ авторъ, насколько измѣнились воззрѣнія за послѣднее время: связь между судейской дѣятельностью и борьбой съ преступленіемъ мыслима не при существованіи нынѣшняго уголовнаго права, почти устраняющаго творчество судьи, сводящаго его работу къ почти механическому вынесенію рѣшеній. Она мыслима лишь тогда, когда ему дается возможность при примѣненіи закона и мѣры наказанія, сообразоваться съ индивидуальностью преступника и его мотивацій. Лишь тогда онъ дѣ-

Digitized by Google

лается творческимъ и отвѣтственнымъ участникомъ процесса еще болѣе важнаго, чѣмъ самый судъ: процесса борьбы съ преступленіемъ.—Докладъ читалъ профессоръ Румпфъ, одинъ изъ борцовъ движенія свободнаго права, и его положенія были приняты безъ обсужденія. Онъ исходилъ изъ того, что то ограниченіе свободы уголовнаго судьи, которое создало правовое государство теперь, при широкой защитѣ правъ гражданъ излишне и вредно для нихъ же, поэтому необходимо созданіе эластичныхъ уголовныхъ законовъ, которые, обезпечивая свободу гражданъ, въ то же время облегчали бы судьѣ правдивое фактическое установленіе и юридическую оцѣнку факта: для этого должны быть болѣе широкіе предѣлы наказанія, долженъ быть данъ выборъ видовъ наказанія, а иногда и право освобождать отъ наказанія. Должны быть приняты во вниманіе слова подсудимаго о томъ, что онъ не зналъ недозволенности дѣйствія, объ ошибкѣ его въ пониманіи закона. При опасеніи рецидива судья долженъ дѣлать преступнику опредѣленныя указанія, которыя бы удерживали его въ жизни отъ повторенія. Можно и, пожалуй, должно спорить со многими изъ этихъ положеній, но нельзя отказать имъ въ большой чуткости къ проблемамъ жизни. Такимъ образомъ пока можно сдѣлать слѣдующій выводъ: германскіе судьи признаютъ правильность жалобъ на существо и содержаніе отправляемаго ими правосудія, но пытаются еще охранять свою организаціонную самостоятельность отъ вторженія народнаго элемента. Надо думать, что это противорѣчіе, отчасти вытекающее изъ профессіональной психологіи и высокой оцѣнки важности своей дѣятельности будетъ, наконецъ, ими преодолѣно.

Долженъ быть отмѣченъ вниманіемъ принятый 29 іюля 1913 года законъ о возмѣщеніи расходовъ шеффенамъ и присяжнымъ. Онъ даетъ возможность привлечь всѣ слои народа къ отправленію правосудія. Отказываться отъ него нельзя, чтобы не создавать разслоенія имущихъ отъ неимущихъ въ средѣ судей. Тѣмъ самымъ дается основа для демократизаціи суда въ уголовномъ процессѣ. Установленіе цифры суточныхъ и прогонныхъ предоставлено Союзному Совѣту. Онъ, съ своей стороны, установилъ суточные въ размѣрѣ 5 марокъ, а расходы на ночную квартиру—въ 3 марки. Интересное нововведеніе сдѣлано Баваріей она издала постановленіе, что шеффенамъ и присяжнымъ должно быть вручено письменное руководство, которое въ самой краткой формѣ выясняетъ имъ ихъ права и обязанности, а также сообщаетъ о строѣ судебной организаціи и ходѣ процесса.

Digitized by Google

Соціальное законодательство сдѣлало въ нынѣшнемъ году новые шаги. Опубликованъ проектъ прусскаго жилищнаго закона; цѣль его—защита населенія, занимающаго маленькія квартиры, содѣйствіе созданію безупречныхъ въ гигіеническомъ, соціальномъ и нравственномъ отношеніяхъ квартиръ, сведеніе квартирной платы къ допустимымъ предѣламъ. Средствомъ для проведенія въ жизнь новыхъ началъ предполагается, на ряду съ нормами, касающимися собственно строительныхъ условій, планомѣрная борьба съ существующими переполненными и плохими квартирами. Въ такомъ видѣ стройной системы законодательнаго упорядоченія вопіющей городской жилищной нужды—проектъ этотъ является новинкой въ области соціальнаго законодательства, и съ любопытствомъ можно ожидать дальнѣйшей судьбы его.

Еще болѣе обѣщающимъ является другой законопроектъ, выработанный германскимъ правительствомъ и нынѣ предложенный вниманію общественнаго мнѣнія. Мы говоримъ о законопроектѣ о театрѣ. Первыя попытки вплотную подойти къ вопросу о судьбѣ истинныхъ пасынковъ и жизни, и законодательнаго творчества — тружениковъ сцены, предпринимались еще въ 1895 году соціалъ-демократами въ Рейхстагѣ, но, не поддержанныя сочувственнымъ вниманіемъ артистической среды, не доросшей еще до пониманія значенія соціальной политики и полагавшейся на мирное соглашеніе съ союзомъ антрепренеровъ, онѣ не получили движенія. Лишь въ 1908 году, послѣ окончательнаго разрыва союзовъ хозяевъ и артистовъ, послѣдніе обратили свои взоры на парламентъ, и здѣсь еще разъ можно убѣдиться въ томъ, какъ лишь подъ давленіемъ рѣзко формулированныхъ требованій класса тружениковъ, рейхстагъ счелъ нужнымъ стать на защиту ихъ труда.

Благодаря постоянно разлитому въ обществѣ чувству симпатіи къ дѣятелямъ сцены правительство не замедлило и выработать соотвѣтствующій законопроектъ. Проектъ предусматриваетъ, въ первой своей части, условія выдачи разрѣшенія на театральное предпріятіе. Среди многихъ другихъ одно является наиболѣе важнымъ: предприниматель долженъ дать администраціи въ залогъ такую сумму денегъ, которая бы безусловно обезпечивала жалованье артистовъ. Критика указываетъ на то, что, правда, артисты были бы въ такомъ случаѣ обезпечены, но что, съ другой стороны, это будетъ подъ силу лишь крупному — капиталистическому предпріятію. А это поведетъ, съ одной стороны, къ пониженію художественнаго значенія театра и удорожанію цѣнъ на мѣста для публики; съ другой же стороны, уменьшеніе числа театровъ сможетъ повести къ усиленію безработицы артистовъ, предложеніе которыхъ всегда превышаетъ спросъ на нихъ.

Digitized by Google

Но привѣтствовать зато слѣдуетъ распространеніе на директоровъ театровъ обязанности заботиться о порядкѣ и безопасности театральныхъ помѣщеній, — чтобы устранить опасность для жизни и здоровья артистовъ. — Вторая часть проекта регулируетъ условія договора между дирекціями театровъ и дѣятелями сцены и оркестра (сюда же относятся и труженики цирка и театровъ-варьетэ). Ограничено значеніе, такъ называемаго, «пробнаго мѣсяца»; директоръ не можетъ односторонне расторгать договоръ, связывающій артиста на годъ: сроки предувѣдомленій равны для обѣихъ сторонъ. Однако неодинаковость положенія обѣихъ сторонъ въ договорѣ при равныхъ формальныхъ условіяхъ, но далеко не равныхъ соціальныхъ, вытекаетъ изъ слѣдующаго пункта: и тотъ и другой имѣютъ право по открытіи сезона расторгать договоръ или предложить новый съ меньшимъ жалованьемъ (это — директоръ); но понятно, что для второго это менѣе фактически возможно, ибо при существующихъ условіяхъ предложенія труда въ этой области директоръ имѣетъ, конечно, больше шансовъ, чѣмъ артистъ заключить новый и выгодный договоръ (особенно это вѣрно для, такъ называемыхъ, играющихъ вторыя роли).

Предварительныя пробы даютъ артисту право на половину дневного жалованья, въ то время какъ до сихъ поръ они должны были задолго до начала дѣйствительной службы много трудиться на этихъ пробахъ безплатно. Дальнѣйшее сокращеніе злоупотребленій институтомъ пробы заключается въ томъ, что послѣ вечерняго представленія артистъ можетъ отклонять пробу. Если артистъ по независящему отъ него обстоятельству не работаетъ, то все же ему платится жалованье: если договоръ заключенъ на время свыше пяти мѣсяцевъ, то въ теченіе шести мѣсяцевъ, при менѣе долгихъ договорахъ — не менѣе одного мѣсяца. То же и при беременности замужнихъ артистокъ. — Въ вопросѣ о костюмахъ такомъ жизненно важномъ и съ моральной, и съ правовой точки зрѣнія для артистки, проектъ даетъ слѣдующую статью: «Руководитель театральнаго предпріятія долженъ давать артисту необходимые для представленія костюмы, за исключеніемъ тѣхъ, которые безъ значительнаго измѣненія могутъ быть носимы и внѣ сцены. Эта обязанность не можетъ быть исключена или ограничена договоромъ, кромѣ случая, когда артистъ приглашенъ для единичнаго выступленія». Артистки признали такое рѣшеніе вопроса неудовлетворительнымъ, такъ какъ оно не обязываетъ дирекцію къ выдачѣ современныхъ туалетовъ. Съ другой стороны, однако, рѣшеніе этого вопроса представляетъ большія трудности, и найти изъ него выходъ суждено лишь будущему. Эта статья уже хороша

Digitized by Google

тѣмъ, что устраняетъ самыя обычныя худшія злоупотребленія въ этой области. — Денежные штрафы, которые столь обычны въ этой средѣ, остаются, но съ тѣмъ, чтобы они шли не въ кассу директора, а организаціи артистовъ. — Нельзя назвать счастливымъ тотъ выходъ, который проектъ далъ для защиты артиста отъ положенія, при которомъ дирекція сознательно его затираетъ: ему дается право расторгнуть договоръ безъ предувѣдомленія. Но, не говоря уже о томъ, что можетъ быть именно это и желательно было дирекціи въ данномъ случаѣ, артистъ не съумѣетъ этого сдѣлать, потому что въ серединѣ сезона онъ не достанетъ мѣста.

Таковъ проектъ; нуждаясь въ поправкахъ, онъ тѣмъ не менѣе кладетъ предѣлъ произволу въ той области искусства, гдѣ быть можетъ больше, чѣмъ въ другой, нужны просторъ человѣческаго духа и независимость матеріальнаго положенія для свободной игры творческихъ силъ. Дальнѣйшее зависитъ отъ борьбы артистовъ за свои права, за охраненіе ими же достоинствъ своего сословія. Таковы, очевидно, вездѣ и всегда предпосылки всякой удачи въ борьбѣ за вниманіе соціальнаго законодательства и потому, въ неустанно прогрессирующемъ ростѣ общественнаго самосознанія трудящихся классовъ, нетрудно усмотрѣть и лучшія доказательства будущаго расцвѣта соціальной политики.

Юридическій міръ понесъ за это время немало потерь. Скончались два крупныхъ представителя международнаго и уголовнаго права Улльманъ и Баръ. Первый былъ представителемъ «союза для международнаго соглашенія», основавшагося недавно; Баръ, знаменитый членъ Institut de droit international, долженъ былъ занять его мѣсто. Онъ былъ основателемъ нѣмецкой школы дисциплины «интернаціональнаго гражданскаго и уголовнаго права», и послѣдняя его работа была посвящена «интернаціональному торговому праву». Но онъ былъ также и славнымъ представителемъ науки уголовнаго права. Совсѣмъ недавно онъ выпустилъ поистинѣ сокровищницу ученій общей части уголовнаго права: «Gesetz und Schuld im Strafrecht», въ которой онъ отдалъ дань пониманія и сочувствія послѣднимъ завоеваніямъ уголовно-правовой мысли.

Наука гражданскаго процесса лишилась одного изъ своихъ самыхъ выдающихся представителей Гелльвига. Потеря эта тѣмъ болѣе тяжела, что смерть застала Гелльвига въ не старомъ для нѣмецкаго ученаго возрастѣ — онъ умеръ 57 лѣтъ отъ роду — и въ полномъ расцвѣтѣ творческихъ силъ.

Digitized by Google

Дисциплина гражданскаго права понесла уронъ въ лицѣ скончавшагося Іосифа Унгера, 85 лѣтъ, величайшаго австрійскаго юриста, еще въ прошломъ году горячо и молодо привѣтствовавшаго съѣздъ юристовъ въ Вѣнѣ. Вооруженный желѣзной систематичностью ума и тончайшей діалектикой школы Савиньи, онъ подошелъ къ разсыпанной храминѣ австрійскаго права и своей «системой общаго австрійскаго гражданскаго права» внесъ въ нее стройность современной науки, сблизилъ ее съ нѣмецкой наукой и изъ устарѣвшихъ, окаменѣвшихъ статей гражданскаго кодекса сумѣлъ выбить свѣжую воду отвѣтовъ на многіе вопросы современности. Онъ, по свидѣтельству бывшаго министра юстиціи Клейна, не только писалъ труды, но и основалъ современную австрійскую науку права, придавъ ей элементы историческіе и философскіе. Однако, великое соціальное дыханіе, обвѣвающее нынѣ всѣ области гражданскаго права, ему было чуждо: формальная виртуозность и глубина формальной логики права еще не обезпечиваютъ внутренней правды его содержанія!

Зато другой крупный юристъ, стоявшій во главѣ дисциплины издавна какъ будто разсчитанной на угнетеніе человѣка человѣкомъ, сумѣлъ своей дѣятельностью сочетать формальное право съ жизненной правдой. Наканунѣ реформы уголовнаго права, которая такъ ревностно открываетъ новые пути для примѣненія наказанія «лишенія свободы, а также мѣръ оборопы и исправленія» — умеръ неустанный борецъ за нихъ, за реформу Карлъ Кроне. Занимая высшій постъ въ тюремномъ вѣдомствѣ Германіи, онъ въ то же время выдѣлялся своими взглядами на борьбу съ преступленіемъ. Не идея возмездія, а идея «спасенія отъ нравственнаго и соціальнаго паденія» была для него смысломъ наказанія. И, стоя въ самомъ центрѣ традиціонной карательной системы, онъ старался влить новое содержаніе и живой духъ въ обычную систему наказанія. Онъ содѣйствовалъ тому, что наука тюрьмовѣдѣнія заняла подобающее ей мѣсто въ системѣ уголовныхъ наукъ и что все больше развилось сознаніе того, что до тѣхъ поръ не наступитъ поворота въ отправленіи правосудія, пока не будетъ понято, что одинаковое вниманіе должно быть удѣлено не только вынесенію рѣшеній, но и ихъ исполненію.

И. З. Штейнбергъ.

Digitized by Google

ОТЪ РЕДАКЦІИ.

Помѣщаемый журналъ Губ. Землеустроительной Комиссіи служитъ хорошей иллюстраціей къ производству дѣлъ по землеустройству, начавшемуся еще до изданія Полож. о землеустройствѣ 29 мая 1911 года. Вмѣстѣ съ тѣмъ это постановленіе наглядно указываетъ тѣ затрудненія, которыя вытекаютъ изъ *частичнаго* разверстанія общинныхъ земель, допускаемаго нашимъ аграрнымъ законодательствомъ, но неизвѣстномъ иностранному (германскому, австрійскому и т. д.) праву.

ЖУРНАЛЪ

Херсонской Губернской Землеустроительной Комиссіи 1911 г. Сентября 24 дня, Херсонская Губернская Землеустроительная Комиссія въ составѣ: предсѣдателя, Губернскаго Предводителя Дворянства, Предсѣдателя Херсонской Губернской Земской Управы, Непремѣннаго Члена Губернской Землеустроительной Комиссіи, Управляющаго Казенной Палатой, Управляющаго Отдѣленіями Крестьянскаго и Дворянскаго Банка, Члена Окружного Суда, Непремѣннаго Члена Губернскаго Присутствія, Управляющаго Удѣльнымъ Округомъ, Членовъ избранныхъ Губернскимъ Земскимъ Собраніемъ при Секретарѣ: — Слушали дѣло по выдѣлу въ обязательномъ порядкѣ 192 домохозяевамъ с. Панчево, Осипу Ткачеву, Ивану Рудю, Ивану Шевченко и др. надѣльной земли въ количествѣ 1435 десятинъ 854 с. Означенное дѣло было пересмотрѣно Елисаветградской Уѣздной Землеустроительной Комиссіей согласно постановленію Губернской Комиссіи отъ 25 іюня сего года, согласно коему былъ утвержденъ проектъ выдѣла въ части, касающейся участниковъ: въ 1 группѣ №№ по экспликаціи плана № 21 Ивану Ильичу Погребному, № 22 Федору Пантелееву Гриналовскому, № 27 Захарію Иванову Погребному, № 28 Степану Петрову Карпову, № 29 Тимофею Петровичу Карпову, № 30 Ивану Станиславову Войналовичу, № 33 Ксеніи Ефимовой Погребной, № 34 Ивану Осипову Гавриленко, № 35 Осипу Семенову Барнарю, № 62 Василію Прокофьеву Саинсусу, № 63 Петру Яковлевичу Саинсусу (по списку для 1 группы № № тѣ же.) Во 2 группѣ участниковъ № № по экспликаціи плана № 18 Василію Константинову Артамонову (по списку № 82 № 19 Григорію Павлову Агатьеву 1 по списку № 83) № 23 Тимофею Васильеву Чебаненко (по списку № 87) № 24 Гавріилу Яковлеву Тагрову (по списку № 88).

По отношенію же выдѣла остальныхъ участковъ было предложено землеустроителю пересоставить проектъ, касающійся послѣднихъ участковъ по возможности сообразуясь съ настоящимъ расположеніемъ участковъ, находящихся въ фактическомъ пользованіи лицъ, ходатайствующихъ о выдѣлѣ, строго требуя представленія всѣхъ необходимыхъ документовъ на право

Digitized by Google

владѣнія выдѣленной землей и соблюдая во всемъ точность Правила о выдѣлахъ 19 іюня 1910 года, Уѣздной Комиссіи обратить вниманіе на необходимость при утвержденіи представленнаго проекта тщательно провѣрять документы.

При этомъ Губернская Комиссія нашла, что:

1) основное возраженіе уполномоченныхъ общества относительно неправильности отвода надѣла полностью въ размѣрѣ 5 десятинъ вмѣсто указываемыхъ обществомъ $4^3/_4$ десятинъ неосновательно, такъ какъ Уѣздная Комиссія должна была основываться при опредѣленіи правъ выдѣляющихся на землю на укрѣпительныхъ документахъ и обществу надлежало при укрѣпленіи этихъ земель оспаривать право укрѣпляющаго землю на укрѣпленіе надѣла полностью. Въ настоящее же время лишь общее разверстаніе надѣльной земли могло бы устранить предвидимую обществомъ недостачу для общинниковъ земли. Принять же при выдѣлахъ за основаніе указываемый обществомъ размѣръ надѣла Уѣздная Комиссія не могла, такъ какъ расчеты общества, хотя они и датируются съ 1898 года, игнорировались, очевидно, при укрѣпленіяхъ, долженствовавшихъ основываться на фактическомъ безспорномъ владѣніи землей.

2) Выдѣлъ выдѣляющихся участковъ въ 5 группахъ, а не въ одной, на неправильность чего указываютъ уполномоченные общества, не представляется недопустимымъ въ данномъ случаѣ, такъ какъ группы расположены по границамъ надѣльной земли и не создаютъ неудобствъ и препятствій для общества въ пользованіи послѣдней.

3) Указаніе уполномоченныхъ на неправильность участковъ выдѣляемыхъ и оставляемыхъ выдѣляющимися обществу, голословны и не опровергаютъ соображеній землеустроителя, основывающихся на протоколѣ оцѣнки о среднемъ количествѣ почвы въ отводимыхъ участкахъ и о равноцѣнности ихъ оставляемымъ, которые были распредѣлены въ пяти полосахъ.

Уѣздная Комиссія разсматривала въ открытомъ засѣданіи 25 іюля 1911 г. пересоставленный землеустроителемъ с. Панчево Непремѣннымъ Членомъ Елисаветградской Уѣздной Землеустроительной Комиссіи г. Чикаревскимъ проэктъ выдѣла надѣльной земли 192 домохозяевъ с. Панчево 1435 дес. 864 саж. и планъ выдѣляемыхъ участковъ, составленныхъ землемѣромъ Барановымъ.

Выдѣлъ Землеустроителемъ предложенъ на слѣдующихъ основаніяхъ: 1) выдѣлъ производится помимо согласія общества. 2) Количество земли, принадлежащей выдѣляющимся крестьянамъ согласно а) укрѣпительныхъ документовъ, выданныхъ Уѣзднымъ Съѣздомъ, б) купчихъ крѣпостей, в) исполнительныхъ листовъ подлежащихъ судебныхъ установленій, указано въ прилагаемой экспликаціи.

3) выдѣлъ полагаю произвести на слѣдующихъ основаніяхъ а) взамѣнъ черезполосныхъ участковъ пахотной и толочной земли удовлетворить выдѣляющихся отводомъ одного пахотнаго участка каждому въ единоличную собственность равнаго по площади съ участками черезполосными, согласно экспликаціи изъ надѣла Панчевскаго общества, отведеннаго по владѣнной записи с. Панчево дачи Генеральнаго межеванія, б) сохранить за каждымъ выдѣляющимся право пользованія слѣдующими угодьями: колодцами, сельскохозяйственными дорогами, глинищами, ставкомъ, пескомъ, каменоломнями, в) сохранить за каждымъ выдѣляющимся право пользованія доходами отъ базарной площади разночинцевъ и вообще разнаго рода доходными статьями наравнѣ со всѣми крестьянами Панчевскаго общества.

Digitized by Google

Елисаветградская Комиссія, соглашаясь съ проектомъ землеустроителя и принимая во вниманіе 1), что основное возраженіе уполномоченныхъ общества относительно неправильности отвода надѣла полностью въ размѣрѣ 5 десятинъ вмѣсто указываемыхъ обществомъ $4^3/_4$ десятины неосновательно, такъ какъ Уѣздная Комиссія должна была основываться при укрѣпленіи правъ выдѣляющихся на землю на укрѣпленныхъ документахъ и обществу надлежало при укрѣпленіи этихъ земель оспаривать право укрѣпляющаго землю на укрѣпленіе надѣла полностью, 2) что выдѣлъ выдѣляющимся участковъ въ 5 группахъ, а не въ одной, неправильность чего указываютъ уполномоченные общества, не представляется недопустимымъ въ данномъ случаѣ, такъ какъ участки расположены по границамъ надѣльной земли и создаютъ неудобства и препятствія для общества въ пользованіи послѣдней. 3) что указанія уполномоченныхъ на неправильность участковъ выдѣляемыхъ и оставляемыхъ выдѣляющимися обществу голословны и не опровергаютъ соображеній землеустроителя, основывающихся на протоколѣ оцѣнки о среднемъ качествѣ почвы въ отводимыхъ участкахъ и о равноцѣнности ихъ оставляемымъ, которые были распредѣлены въ 5 полосахъ, 4) что по всѣмъ поданнымъ въ Комиссію жалобамъ составлены землеустроителемъ протоколы, на самыхъ жалобахъ, вполнѣ исчерпывающіе таковые, 5) что при утвержденіи проекта выдѣла со стороны выдѣляющихся и ихъ повѣренныхъ (уполномоченныхъ) никакихъ жалобъ не заявлено, 6) что проведенныя, согласно постановленія Уѣздной Комиссіи, дороги поступили въ общее выдѣляющихся и общества пользованіе, почему они должны быть отнесены къ разряду упоминаемыхъ въ постановленіи существующихъ дорогъ, и 7) что всѣ обоснованныя въ жалобѣ требованія уполномоченныхъ схода землеустроителемъ, какъ это видно изъ доклада дѣла, исполнены, почему Комиссія постановила: 1) проектъ выдѣла утвердить и на основаніи его отвести въ полную собственность выдѣляющихся взамѣнъ укрѣпленныхъ за ними по постановленію Уѣзднаго Съѣзда, пріобрѣтенныхъ по купчимъ крѣпостямъ и перешедшихъ по исполнительнымъ листамъ подлежащихъ установленій участковъ или угодій, слѣдующіе участки согласно экспликаціи.

Въ прилагаемой при семъ графѣ пятой показано количество земли подлежащей скидкѣ изъ общаго количества земли, принадлежащей каждому выдѣляющемуся.

Примѣчаніе. Эти участки отграничены въ натурѣ межевыми знаками, выдѣляющимся и обществу с. Панчево извѣстны и поступаютъ въ собственность выдѣляющихся въ томъ количествѣ десятинъ и квадратныхъ саженъ, какое въ нихъ окажется по провѣркѣ прилагаемаго плана Губернской Чертежной.

2) Обязать каждаго изъ выдѣляющихся содержать въ исправности пролегающія по выдѣляемой имъ землѣ дороги, ручьи, канавы и проч. съ тѣмъ, что въ случаѣ неисправности необходимыя исправленія будутъ сдѣланы обществомъ села Панчево за счетъ собственника участка.

3) Для пользованія выдѣляемыми участками предоставить каждому изъ выдѣляющихся право прохода и проѣзда всѣми ведущими къ означеннымъ участкамъ и въ предѣлахъ ихъ дорогами, какъ ранѣе существовавшими, такъ и вновь проведенными при выдѣлѣ и нанесенными на планъ его.

4) Сохранить за каждымъ изъ выдѣляющихся право участія въ слѣдующихъ угодіяхъ Панчевскаго сельскаго общества: колодцахъ, глинищахъ, ставкахъ, доходахъ отъ базарной площади разночинцевъ и вообще разнаго рода доходныхъ статьяхъ на равныхъ со всѣми членами общества основаніяхъ.

Digitized by Google

5) Обязать каждаго изъ выдѣляющихся нести совмѣстно съ Обществомъ села Панчево всѣ расходы, вызываемые поддержаніемъ въ исправности общественныхъ угодій (п. 4 сего), право пользованія которыми сохраняется за выдѣляющимися.

Открыть для общаго пользованія новыя дороги, согласно постановленія Комиссіи 2 августа 1910 г. и спроектированныя на планѣ.

На означенное постановленіе въ Губернскую Комиссію поступили жалобы 1) крестьянъ Петра Панкула и другихъ въ числѣ 23 человѣкъ, въ коей жалобщики указываютъ, что Уѣздная Комиссія, несмотря на приговоръ Панчевскаго сельскаго общества отъ 6—13 мая 1909 г. и 24 іюля с. г., коимъ общество соглашалось на отводъ отрубныхъ участковъ въ добровольномъ порядкѣ, произвела выдѣлъ въ обязательномъ порядкѣ, нарѣзавъ участки на лучшихъ поляхъ, оставивъ плохіе скупленные по дешевой цѣнѣ черезполосные участки выдѣляющихся жалобщикамъ, при чемъ отвела дорогу къ отрубамъ, проѣздъ, прогонъ скота по которымъ при Мартоношской межѣ наноситъ вредъ на общинныхъ поляхъ, почему жалобщики просятъ группу отрубовъ при Мартоношской межѣ отвести согласно приговору Панчевскаго о-ва и по расчету $4^3/_4$ дес. на надѣлъ.

2) Жалоба крестьянъ Максима Бонтарсина и другихъ, всего 20 человѣкъ, о томъ, что отводъ Федору Голенко отрубного участка въ намѣченномъ мѣстѣ представляетъ слѣдующія неудобства. Голенко отведена лучшая земля полностью 5 дес. на надѣлъ, въ то время какъ въ натурѣ размѣръ надѣла $4^3/_4$ дес. Отведенный участокъ врѣзывается на общинную землю и закрываетъ проѣздъ къ левадамъ. Жалобщики просятъ постановленіе Уѣздной Комиссіи по отношенію къ отводу отрубного участка Голенко отмѣнить, отвести таковой въ мѣстѣ, указываемомъ приговоромъ общества 7 марта 1910 г., въ размѣрѣ $4^3/_4$ дес. на надѣлъ.

3) Жалоба уполномоченнаго отъ Панчевскаго сельскаго общества Антона Яковицкаго и Петра Панкула на постановленіе Уѣздной Комиссіи отъ 29 іюля с. г., въ коей жалобщики указываютъ, что отводъ отрубныхъ участковъ въ 6 группахъ причиняетъ вредъ крестьянамъ, оставшимся въ черезполосномъ владѣніи, что отводится земля по расчету 5 дес. на надѣлъ, а въ натурѣ имѣетъ всего $4^3/_4$ дес. Крестьяне же не могли оспаривать это при укрѣпленіи земли, въ виду давленія мѣстнаго начальства и административнаго распоряженія Земскаго Начальника, отъ чего и произошли упущенія, что въ отведенныхъ участкахъ не сдѣлано правильныхъ вычетовъ земель, находящихся подъ усадьбами и левадами выдѣляющихся, при чемъ многіе надѣлы отведены полностью, что отводились отрубные участки, не принимая во вниманіе того, что многіе выдѣляющіеся скупали плохія полосы по деше- вой цѣнѣ, что оцѣнка произведена не компетентными лицами и подъ давленіемъ Волостного Старшины, что выдѣляющіеся выбрали себѣ лучшія земли, оставляя обществу всѣ овраги, рытвины и пр.; что Уѣздная Комиссія незаконно утвердила отводъ отрубовъ тѣмъ домохозяевамъ, которые получили на своихъ женъ и дѣтей, въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже получили нѣкоторые домохозяева въ двухъ мѣстахъ отрубные участки, а въ третьемъ усадебную землю, что противозаконно и противъ циркуляра Министра Внутреннихъ Дѣлъ отъ 14 апрѣля 19 года, что незаконны дѣйствія землеустроителя и постановленіе Елисаветградской комиссіи о предоставленіи фактическаго пользованія отведенными участками. Въ виду вышеизложеннаго просители просятъ отмѣнить постановленіе Уѣздной Комиссіи и разрѣшить произвести выдѣлъ.

Digitized by Google

согласно приговорамъ общества отъ 6—13 мая 1909 г. и 24 іюля 1911 г. въ добровольномъ порядкѣ.

4) Прошеніе Кирилла Галушко о томъ, чтобы выдѣленные по постановленію Елисаветградской Уѣздной Комиссіи $7^1/_2$ десятинъ отцу просителя Степану Галушко были выдѣлены на его имя согласно рѣшенію суда, своевременно же онъ не могъ представить соотвѣтствующаго документа въ Губернскую Комиссію; какъ документальное доказательство основательности своей просьбы, онъ представилъ протоколъ Панчевскаго сельскаго старосты отъ 15 августа с. г., въ коемъ послѣдній, на основаніи приговора Панчевскаго вол. суда отъ 25 мая 1909 г. за № 356 и согласно раздѣльному акту отъ 13 сентября 1908 г. № 406, привелъ приговоръ суда въ исполненіе, вручивъ Кириллу Степанову Галушко въ полное распоряженіе и всегдашнее владѣніе опредѣленные отцомъ Степаномъ Савельевымъ Галушко $7^1/_2$ десятинъ пахотной земли, обязавъ Кирилла содержать на всемъ своемъ иждивеніи его отца и мать до ихъ смерти.

Кромѣ того поступили прошенія выдѣляющихся Дмитрія Карпова и др., просящія оставить жалобу уполномоченныхъ общества безъ послѣдствій, при чемъ они прилагаютъ удостовѣреніе Панчевскаго старосты отъ 12 августа 1911 г. № 1039, что въ настоящее время уполномоченнаго общества роздано по $4^3/_4$ дес. на надѣлъ, но раздача произведена неправильно, такъ какъ во многихъ клѣткахъ есть лишняя земля и неправильно произведены вычеты за левады; при правильной раздачѣ, по мнѣнію старосты, общинники получатъ полностью 5 десятинъ на надѣлъ.

Въ засѣданіе комиссіи никто не явился; принимая во вниманіе, что объявленіе о назначеніи настоящаго дѣла къ слушанію сторонами получено заблаговременно (22-го сентября), Губернская комиссія, обсудивъ вышеизложенное, находитъ, что указанія въ жалобахъ уполномоченныхъ Антона Яковицкаго и Петра Панкула не заслуживаютъ уваженія, такъ какъ земля отводится по расчету 5 дес. на надѣлъ, согласно укрѣпленныхъ документовъ, утвержденныхъ уѣзднымъ съѣздомъ, что вычетъ на усадьбы не могъ быть сдѣланъ изъ полевыхъ участковъ, такъ какъ таковые укрѣплены по 5 дес. каждый, за исключеніемъ усадебныхъ участковъ, что оцѣнка земли произведена землеустроителемъ въ присутствіи уполномоченныхъ общества, уполномоченныхъ отъ выдѣляющихся и постороннихъ добросовѣстныхъ. Землеустроителемъ съ посторонними добросовѣстными признано, что отводимая въ 5 мѣстахъ для отрубовъ земля относится къ разряду средней по качеству и что отводимая по утвержденному Уѣздной Комиссіей проекту земля является обыкновенной пашней, а не какимъ-либо цѣннымъ угодіемъ, а потому и сможетъ быть выдѣлена въ отрубные участки безъ ущерба для общества.

Жалоба крестьянина Кирилла Галушко на отводъ земли въ количествѣ $7^1/_2$ десят. его отцу Степану Галушкѣ, между тѣмъ какъ эта земля будто бы была присуждена ему волостнымъ судомъ, не заслуживаетъ уваженія, такъ какъ рѣшенія волостного суда не представлено, а представленный имъ протоколъ сельскаго старосты о приведеніи въ исполненіе рѣшенія волостного суда, коимъ изъяты изъ владѣнія Степана Галушки $3^1/_2$ дес. земли, принятъ во вниманіе быть не можетъ.

3) Всѣ остальныя жалобы также не заслуживаютъ уваженія, такъ какъ группы выдѣляющихся расположены по границамъ надѣльной земли и не создаютъ неудобства и препятствій для общества въ пользованіи послѣдней.

Digitized by Google

Въ виду вышеизложеннаго Губернская Комиссія опредѣляетъ: жалобы уполномоченныхъ общества крестьянъ с. Панчево Антона Яковицкаго и Петра Панкула, а также крестьянъ Кирилла Галушко и другихъ оставить безъ послѣдствій, проектный планъ выдѣла утвердить и на основаніи его отвести въ полную собственность выдѣляющихся взамѣнъ укрѣпленныхъ за ними по постановленію Уѣзднаго Съѣзда пріобрѣтенныхъ по купчимъ крѣпостнымъ и перешедшихъ по исполнительнымъ листамъ подлежащихъ установленій участковъ или угодій слѣдующіе участки, согласно приводимой ниже таблицы и прилагаемаго плана: 1056 десятинъ 1549 саж., 28 дес. 2205 кв. саж. неудобной земли, а всего 1435 дес. 864 саж.

Всѣ эти участки отграничены въ натурѣ межевыми знаками, выдѣляющимся и обществу с. Панчево извѣстны и поступаютъ въ собственность выдѣляющихся въ томъ количествѣ десятинъ и квадратныхъ саж., № какое въ нихъ окажется по провѣркѣ прилагаемаго плана Губернской Чертежной. Обязать каждаго изъ выдѣляющихся содержать въ исправности пролегающіе по выдѣляемой имъ землѣ дороги, ручьи, канавы и пр., съ тѣмъ, что въ случаѣ неисправности необходимыя исправленія будутъ сдѣланы обществомъ с. Панчево за счетъ собственника участка.

Для пользованія выдѣляемыми участками предоставить каждому изъ выдѣляющихся право прохода и проѣзда всѣми ведущими къ означеннымъ участкамъ въ предѣлахъ ихъ дорогами, какъ ранѣе существовавшими, такъ и вновь проведенными при выдѣлѣ и нанесенными на планъ его.

Сохранить за каждымъ изъ выдѣляющихся право участія въ слѣдующихъ угодьяхъ Панчевскаго сельскаго общества: колодцахъ, глинищахъ, ставкахъ, доходахъ отъ базарной площади разночинцевъ и вообще разнаго рода доходныхъ статьяхъ, на равныхъ со всѣми членами общества основаніяхъ.

Обязать каждаго изъ выдѣляющихся нести совмѣстно съ обществомъ с. Панчево всѣ расходы, вызываемые поддержаніемъ въ исправности общественныхъ угодій (п. 4 сего), право пользованія которыми сохраняется за выдѣляющимися. Открыть для общаго пользованія новыя дороги, согласно постановленія Комиссіи 2 августа 1910 г. и спроектированныя на планѣ.

Съ подлиннымъ вѣрно:

Врем. и. о. Секретаря (подпись неразборчива)

Digitized by Google

Литературное Обозрѣніе.

Г. Ф. Шершеневичъ. Общая теорія права. Вып. I. Москва, 1910. Вып. II. М. 1911. Вып. III. М. 1912. Вып. IV. М. 1912 (вышелъ въ апрѣлѣ 1913 г.). 805 стран. Изд. Бр. Башмаковыхъ. Цѣна всѣхъ четыр. вып. 6 р.

Съ выходомъ весною этого года посмертнаго четвертаго выпуска «Общей теоріи права» Г. Ф. Шершеневича мы имѣемъ теперь этотъ трудъ въ законченномъ видѣ[1]). Это можетъ служить хоть слабымъ утѣшеніемъ въ безграничной печали по поводу преждевременной смерти Г. Ф. Шершеневича, помѣшавшей ему довести до конца выполненіе своихъ научныхъ плановъ. Трудъ этотъ Г. Ф. Шершеневичъ дописывалъ уже тяжело больной и безповоротно обреченный на близкую смерть; ему были посвящены его послѣднія предсмертныя думы. Но если, благодаря этому, лежащая передъ нами книга, была закончена сама по себѣ, то въ то же время она составляетъ часть незаконченнаго цѣлаго. «Общая теорія права» по плану Г. Ф. Шершеневича должна была составить первый томъ его «Философіи права»; на ряду съ этой «теоретической частью» философіи права, второй томъ долженъ былъ заключать въ себѣ историческую часть ея, а третій — авторъ предполагалъ посвятить практической философіи или «Политикѣ права». Смерть помѣшала Г. Ф. Шершеневичу переработать для включенія въ этотъ обширный трудъ его «Исторію философіи права», второе изданіе которой, вышедшее въ 1907 году, уже нѣсколько лѣтъ является библіографической рѣдкостью. Но больше всего приходится жалѣть о томъ, что осталась ненаписанной «Политика права» Г. Ф. Шершеневича: при бѣдности литературы по этому вопросу потеря эта совершенно невознаградима, тѣмъ болѣе, что, зная Г. Ф. Шершеневича и его способъ

[1]) Нельзя не указать на то, что издатели этого выпуска не исполнили долга уваженія къ покойному ученому; внѣшній видъ его ничѣмъ не обнаруживаетъ его посмертный выходъ. Почему-то сочтено было нужнымъ вводить читателей въ заблужденіе фальшивой датой.

Digitized by Google

обрабатывать отдѣльныя отрасли правовѣдѣнія, можно быть увѣреннымъ, что Г. Ф. Шершеневичъ не только далъ бы намъ сводку и систематическую обработку всего до сихъ поръ высказаннаго въ научной литературѣ по политикѣ права, что само по себѣ имѣло бы громадное значеніе, но и внесъ бы много своего какъ въ постановку самой проблемы политики права, такъ и въ рѣшеніе отдѣльныхъ ея вопросовъ.

«Философія права» Г. Ф. Шершеневича, первый томъ которой составляетъ «Общая теорія права», должна была, согласно съ высказывавшимся имъ въ личныхъ бесѣдахъ желаніемъ, придать его системѣ правовѣдѣнія болѣе цѣльный и законченный видъ. Этотъ первый томъ ея и является, отчасти, болѣе систематическимъ изложеніемъ того, что авторъ высказывалъ раньше; около половины его представляетъ даже перепечатку, впрочемъ, съ весьма цѣнными редакціонными измѣненіями и дополненіями, раньше напечатанныхъ работъ автора. Сюда вошли, прежде всего, изданныя Г. Ф. Шершеневичемъ въ Казани въ видѣ отдѣльныхъ брошюръ его сочиненія — «Опредѣленіе понятія о правѣ» (1896 г.), «О чувствѣ законности» (1897 г.) и «Задачи и методы гражданскаго правовѣдѣнія» (1898 г.), которыя были уже разъ переработаны въ первомъ выпускѣ его «Курса гражданскаго права» (1901 г.), оставшагося незаконченнымъ; а затѣмъ сюда же включены и его журнальныя статьи, изъ которыхъ особаго упоминанія заслуживаетъ его статья — «Примѣненіе нормъ права» (Журн. Мин. Юстиціи 1903 г., № 1). Но на ряду съ воспроизведеніемъ уже раньше опубликованнаго, мы находимъ въ «Общей теоріи права» Г. Ф. Шершеневича и много новаго, вызваннаго, главнымъ образомъ, необходимостью дать болѣе прочное обоснованіе и сообщить законченно систематическій видъ всѣмъ его научнымъ построеніямъ.

Среди новаго въ «Общей теоріи права» Г. Ф. Шершеневича прежде всего должны быть отмѣчены тѣ главы, въ которыхъ заключается обще-теоретическое и философское обоснованіе всей его научной системы. Къ нимъ относятся первыя три главы, посвященныя «Философіи права», «Человѣку и его потребностямъ» и «Обществу»; вмѣстѣ съ пятой главой, въ которой изслѣдуется вопросъ о «Государствѣ», эти главы составляютъ больше четверти всего разсматриваемаго нами сочиненія. Идеи Г. Ф. Шершеневича объ обществѣ и государствѣ, впервые изложенныя въ систематичномъ и разработанномъ видѣ въ его «Общей теоріи права» и въ вышедшей одновременно съ первымъ выпускомъ ея его популярной «Соціологіи» (1910 г., изд. Московскаго Общества народныхъ университетовъ), несомнѣнно заслуживаютъ обстоятельнаго и все-

Digitized by Google

сторонняго разсмотрѣнія и оцѣнки. Но именно потому мы не можемъ здѣсь останавливаться на нихъ. — Въ философіи Г. Ф. Шершеневичъ, какъ извѣстно, всецѣло примыкаетъ къ позитивизму, видя въ немъ единственно возможную въ научномъ отношеніи философскую систему. По его мнѣнію, «спеціальная задача философіи заключается въ объединеніи тѣхъ выводовъ, которые даются отдѣльными науками въ видахъ построенія цѣльнаго научнаго міросозерцанія». Признавая философію «высшей системой» эмпирически-научнаго знанія, онъ считаетъ нужнымъ, опираясь на это пониманіе ея, доказывать ошибочность другихъ направленій въ философіи, т.-е. метафизическаго и критическаго или неокантіанскаго. Впрочемъ, съ послѣднимъ онъ видитъ себя вынужденнымъ считаться только въ томъ его развѣтвленіи, которое представлено Виндельбандомъ и Риккертомъ. Напротивъ, о философскихъ идеяхъ марбургской школы онъ даже не упоминаетъ, несмотря на то, что въ русской научной литературѣ была сдѣлана попытка представить «Этику чистой воли» Г. Когена, какъ «выдающееся явленіе въ исторіи юридическихъ теорій» и велся споръ на эту тему. Если искать объясненія того, почему Г. Ф. Шершеневичъ, при его въ высшей степени внимательномъ и добросовѣстномъ отношеніи къ существующей литературной разработкѣ интересующихъ его вопросовъ, совершенно игнорируетъ Г. Когена, то это объясненіе можно найти только въ томъ обстоятельствѣ, что онъ не видѣлъ никакой связи между той сферой чисто деонтологическихъ идей, въ которой вращается «Этика» Г. Когена, и юридическими теоріями, долженствующими объяснять по преимуществу правовую дѣйствительность. Въ противоположность этому Г. Ф. Шершеневичу пришлось признать философскія построенія Виндельбанда и Риккерта заслуживающими интереса и для рѣшенія основныхъ проблемъ общей теоріи права, такъ какъ въ нихъ сдѣлана попытка путемъ постановки на первый планъ проблемы цѣнности дать систематическое обоснованіе практической философіи, имѣющей дѣло съ человѣческими цѣлями. Но самую эту попытку онъ безусловно отвергаетъ, ибо, по его словамъ, «исканіе абсолютной цѣнности должно разорвать всякую связь между философіей и жизнью и тѣмъ уничтожить практическую цѣнность» самой философіи. Это, однако, не мѣшаетъ Г. Ф. Шершеневичу признавать «необходимость объединить различныя цѣли, найти общій принципъ поведенія». Онъ даже утверждаетъ, что «отказываться далѣе отъ этой практической задачи — значитъ пренебречь настоятельными запросами переживаемой дѣйствительности. Современное правовѣдѣніе тоскуетъ по идеалу». Но тѣмъ рѣшительнѣе онъ настаиваетъ на томъ, что

Digitized by Google

«философія права приводитъ къ единству только цѣли, данныя опредѣленнымъ временемъ, — вѣчныя цѣли въ опытѣ не даны».

Относительно общихъ теоретическихъ взглядовъ Г. Ф. Шершеневича на право часто приходится слышать совершенно неправильное мнѣніе, будто бы они не самостоятельны и не оригинальны. Возникновеніе этого ошибочнаго мнѣнія объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что исходнымъ пунктомъ для разработки вопроса о существѣ права ему послужило наиболѣе распространенное воззрѣніе на право, согласно которому основнымъ признакомъ права является его принудительность. Но тотъ, кто изъ этого соображенія дѣлаетъ выводъ о неоригинальномъ характерѣ теоретическаго построенія Г. Ф. Шершеневича, имѣетъ неправильное представленіе о сущности новаго, создаваемаго творческой научной мыслью. Вѣдь, самостоятельность и оригинальность той или иной научной теоріи по большей части заключается въ ея разработкѣ, а не въ основной идеѣ ея, и это особенно подтверждается на примѣрѣ русскихъ ученыхъ, внесшихъ свой вкладъ въ общую теорію права. Такъ, С. А. Муромцевъ, создавшій у насъ соціальное ученіе о правѣ, несомнѣнно, заимствовалъ свою главную идею у Іеринга, но у Іеринга указаніе на соціальный характеръ права имѣло второстепенное значеніе такъ же, какъ и въ извѣстномъ изреченіи римскихъ юристовъ — ubi societas, ibi jus. Научная заслуга С. А. Муромцева въ томъ и заключается, что онъ, признавъ соціальный элементъ въ правѣ основнымъ, построилъ на этой идеѣ вполнѣ самостоятельную и оригинальную теорію права. Такъ же точно для всякаго освѣдомленнаго въ литературѣ по общей теоріи права не можетъ подлежать сомнѣнію, что Л. І. Петражицкій, принимаясь за разработку психологической теоріи права, слѣдовалъ указанію Цительмана, который въ своемъ изслѣдованіи — «Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung», вышедшемъ еще въ 1879 году, заявилъ: «теперь все больше и больше устанавливается общее убѣжденіе, что юриспруденція вообще не можетъ уклониться отъ психологіи». Въ томъ же сочиненіи Цительманъ посвящаетъ особый параграфъ проблемѣ «юридической каузальности», т.-е. другой идеѣ, на которой основана психологическая теорія права Л. І. Петражицкаго. Наконецъ, не подлежитъ сомнѣнію также вліяніе на Л. І. Петражицкаго и другихъ нѣмецкихъ ученыхъ, разрабатывавшихъ вопросы общей теоріи права, особенно Бирлинга, на зависимость отъ идей котораго психологической теоріи права Л. І. Петражицкаго указываетъ и Г. Ф. Шершеневичъ при оцѣнкѣ ея. Но, несмотря на все это, никто не станетъ отрицать самостоятельность и оригинальность

Digitized by Google

Л. И. Петражицкаго въ способѣ разработки психологической теоріи права [1]).

Ученіе Г. Ф. Шершеневича о существѣ права представляетъ также вполнѣ самостоятельное и оригинальное созданіе его творческой научной мысли, хотя въ немъ элементъ «выдумки» и теоретической изобрѣтательности менѣе бросается въ глаза, чѣмъ въ нѣкоторыхъ другихъ теоріяхъ права. Двѣ особенности придаютъ теоріи Г. Ф. Шершеневича совершенно своеобразныя черты. Первая изъ нихъ заключается въ томъ, что онъ придалъ принудительному характеру права чисто психологическое значеніе, такъ какъ, по его теоріи, основной признакъ правовыхъ нормъ — въ томъ, что онѣ осуществляются въ силу угрозы извѣстныхъ невыгодныхъ послѣдствій въ случаѣ ихъ несоблюденія. Правда, еще знаменитый баварскій криминалистъ начала прошлаго столѣтія А. Фейербахъ училъ, что право принуждаетъ, воздѣйствуя на психику человѣка. Но использовалъ эту идею для общей теоріи права и разработалъ ее для объясненія самаго существа права только Г. Ф. Шершеневичъ. Вторая оригинальная черта ученія Г. Ф. Шершеневича о существѣ права заключается въ той совершенно исключительной формально логической послѣдовательности, которую онъ придалъ всему своему ученію. Эта особенность научнаго мышленія Г. Ф. Шершеневича имѣетъ чрезвычайно важное значеніе, какъ показатель извѣстной стадіи въ нашемъ духовномъ развитіи, и на ней слѣдуетъ немного остановиться.

Когда-то, еще въ двадцатыхъ годахъ прошлаго столѣтія, Чаадаевъ, характеризуя въ своемъ первомъ «Философическомъ письмѣ» нашъ духовный обликъ, высказалъ мнѣніе, что «силлогизмъ Запада намъ неизвѣстенъ». Это сужденіе, замѣчательно вѣрное для своего времени, совершенно утратило свою силу въ наше время, т.-е. въ послѣднія два десятилѣтія. Въ самомъ дѣлѣ, на современной стадіи научнаго развитія той отраслью научнаго знанія, въ которой находятъ наиболѣе частое и даже постоянное примѣненіе формальная логика и силлогизмъ, является юриспруденція. А именно наши юристы, и среди нихъ въ первую очередь Г. Ф. Шершеневичъ, не устрашались въ послѣднія двадцать лѣтъ ни передъ какими выводами изъ разъ принятыхъ посылокъ. Логическая неустрашимость и составляетъ наиболѣе характерную черту общаго ученія о правѣ Г. Ф. Шершеневича. Такъ, признавъ, что къ нормамъ права принадлежатъ только тѣ нормы, которыя снабжены угрозой тѣхъ или

---

[1]) Ср. П. И. Новгородцевъ, Психологическая теорія права и философія естественнаго права. «Юридическій Вѣстникъ», 1913 г., кн. III, стран. 8.

Digitized by Google

иныхъ невыгодныхъ послѣдствій въ случаѣ ихъ несоблюденія, онъ затѣмъ не задумался исключить изъ области права большинство нормъ права конституціоннаго и почти всѣ нормы международнаго права. Во имя логической послѣдовательности Г. Ф. Шершеневичъ причисляетъ эти нормы, осуществленіе которыхъ не гарантировано никакой угрозой, къ разряду нормъ нравственныхъ, а не правовыхъ. Послѣ этого не требовалось уже особой смѣлости для того, чтобы, съ другой стороны, сдѣлать изъ разъ принятыхъ посылокъ логическіе выводы, еще болѣе противорѣчащіе правовой дѣйствительности. По этому пути и пошелъ Л. І. Петражицкій, который, признавъ, что право составляютъ извѣстнымъ образомъ окрашенныя психическія переживанія, пришелъ къ заключенію, что человѣкъ можетъ вступить въ правовую сдѣлку съ охотничьей собакой или даже съ чертомъ, или же что субъектами права могутъ быть и священные дубы, и заповѣдныя рощи. Г. Ф. Шершеневичъ правъ, когда онъ упрекаетъ Р. Іеринга и А. Меркеля въ логической непослѣдовательности, такъ какъ они, принявъ за исходную точку своихъ теоретическихъ построеній тотъ же взглядъ на существо права, какого придерживается и онъ самъ, не сдѣлали затѣмъ соотвѣтственныхъ выводовъ относительно конституціоннаго и международнаго права. Дѣйствительно, ни нѣмцы, ни французы за послѣднее полустолѣтіе не способны такъ безусловно преклоняться предъ силой силлогизма, какъ это дѣлаемъ мы съ недавнихъ поръ. Въ этомъ сказывается своеобразная полоса въ нашемъ культурномъ развитіи, которая должна быть еще изжита нами.

Что касается способа разработки отдѣльныхъ вопросовъ, входящихъ въ систему общей теоріи права, то въ книгѣ Г. Ф. Шершеневича особенно заслуживаетъ быть отмѣченной постановка вопросовъ объ источникахъ права и о субъективномъ правѣ. Своеобразное отношеніе Г. Ф. Шершеневича къ вопросу объ источникахъ права сказывается въ томъ, что онъ совсѣмъ отбрасываетъ самый терминъ «источники права» въ виду его многозначности. Подобно Тону, но не цитируя его, онъ указываетъ на четыре совершенно различныхъ значенія, которыя придаются выраженію «источники права». Поэтому онъ и предлагаетъ въ качествѣ спеціальнаго термина употреблять выраженіе не «источники», а «формы права». Но такую реформу врядъ ли можно признать правильной, такъ какъ она ведетъ не къ выработкѣ болѣе опредѣленныхъ и отчетливыхъ терминовъ, а лишь къ накопленію ихъ, и потому вмѣсто желательнаго результата она можетъ привести къ еще большей путаницѣ въ терминологіи и въ понятіяхъ. Гораздо правильнѣе было бы вскрыть историческія причины, вызвавшія воз-

Digitized by Google

никновеніе различныхъ смысловъ термина «источники права», тѣмъ болѣе, что они коренятся въ самомъ развитіи науки о правѣ, и затѣмъ, отбросивъ неправильныя значенія его, тѣмъ рѣшительнѣе отстаивать его подлинный смыслъ. Въ ученіи объ отдѣльныхъ источникахъ права Г. Ф. Шершеневичъ, согласно съ своимъ пониманіемъ существа права, конечно, очень ограничиваетъ роль обычая, на ряду же съ судебной практикой онъ выдвигаетъ и административный указъ въ качествѣ отдѣльнаго, хотя и подчиненнаго закону, источника права. Вопросъ о субъективномъ правѣ Г. Ф. Шершеневичъ разсматриваетъ въ главѣ, посвященной «Юридическому отношенію». Но онъ не считаетъ понятій «субъективнаго права» и «правоотношенія» совпадающими, такъ какъ указываетъ на существованіе на ряду съ частно-правовыми отношеніями и отношеній публично правовыхъ, а въ сферѣ публичнаго права онъ не признаетъ субъективныхъ правъ, а только обязанности. Самое ученіе о субъективномъ правѣ онъ излагаетъ послѣ ученія о субъектѣ и объектѣ права. При этомъ онъ рѣшительно возстаетъ противъ тѣхъ изъ современныхъ теоретиковъ права, которые стремятся вообще изгнать идею субъективнаго права изъ общаго ученія о правѣ.

Наконецъ, въ «Общей теоріи права» Г. Ф. Шершеневича есть отдѣлъ, который представляетъ совершенно исключительный по своему крупному значенію вкладъ въ науку. Благодаря ему трудъ Г. Ф. Шершеневича еще долго сохранитъ свое значеніе для спеціалистовъ-изслѣдователей. Мы имѣемъ въ виду послѣднюю главу его книги, посвященную вопросу о «Методологіи юридическихъ наукъ». Это методологическое изслѣдованіе въ существенныхъ своихъ чертахъ уже два раза было напечатано Г. Ф. Шершеневичемъ, сперва въ видѣ брошюры — «Задачи и методы гражданскаго правовѣдѣнія», а затѣмъ, какъ часть его, — «Курса гражданскаго права». Теперь оно подверглось лишь самой необходимой переработкѣ для включенія его въ общую теорію права. При крайней неразработанности методологіи юридическихъ наукъ изслѣдованіе Г. Ф. Шершеневича пріобрѣтаетъ громадную цѣнность. Интересно отмѣтить, что оно всецѣло коренится въ развитіи русской научной мысли и какъ бы является отвѣтомъ на споръ, который въ началѣ восьмидесятыхъ годовъ прошлаго столѣтія шелъ между С. А. Муромцевымъ, съ одной стороны, и С. В. Пахманомъ и А. Х. Гольмстеномъ — съ другой[1]). Главный

[1]) Ср. статью А. Э. Вормса о С. В. Пахманѣ. «Вѣстникъ права и нотаріата», 1910 г., № 52.

Digitized by Google

предметъ спора заключался тогда въ вопросѣ: является ли догматика права наукой, или нѣтъ? С. А. Муромцевъ, какъ послѣдовательный позитивистъ, непоколебимо увѣренный въ единствѣ научнаго метода, признавалъ научнымъ только соціологическое изученіе права и настаивалъ на томъ, что догматика права представляетъ изъ себя не науку, а искусство; его противники каждый по-своему защищали научный характеръ догматической юриспруденціи. Г. Ф. Шершеневичъ не примкнулъ ни къ той, ни къ другой сторонѣ, а извлекъ у каждой изъ нихъ наиболѣе важное и существенное. Оставаясь позитивистомъ, онъ рѣшительно становится на точку зрѣнія методологическаго плюрализма. При переработкѣ своего методологическаго изслѣдованія для «Общей теоріи права» онъ еще болѣе укрѣпляется на этой точкѣ зрѣнія, такъ какъ отчасти усваиваетъ классификацію наукъ Виндельбанда и Риккерта, которые дѣлятъ науки на естественныя и историческія; основываясь на этой классификаціи, онъ причисляетъ догматическое правовѣдѣніе къ наукамъ историческимъ. Для всесторонняго изслѣдованія права Г. Ф. Шершеневичъ признаетъ необходимымъ примѣнять четыре метода — догматическій, историческій, соціологическій и критическій. Наиболѣе полно и хорошо у него разработанъ вопросъ о методѣ догматической юриспруденціи, которую онъ считаетъ чисто описательной и классифицирующей наукой. На ряду съ догматическимъ изученіемъ права онъ признаетъ правомѣрнымъ существованіе не только историческаго, но и соціологическаго его изученія, для чего и выясняетъ своеобразіе каждаго изъ соотвѣтственныхъ методовъ изслѣдованія права. Наконецъ, какъ бы слѣдуя за Бентамомъ, онъ отстаиваетъ также необходимость «критической юриспруденціи». Для уясненія задачи критическаго метода въ юриспруденціи, а также для ознакомленія съ тѣмъ возвышеннымъ духомъ, которымъ проникнутъ весь трудъ Г. Ф. Шершеневича, мы позволимъ себѣ въ заключеніе привести его послѣдній отрывокъ.

«Правовѣдѣніе,— говоритъ онъ,— несомнѣнно, провинилось предъ обществомъ тѣмъ, что, порвавъ съ традиціями естественнаго права, пренебрегло своими задачами въ сферѣ критики и политики, и зато потеряло общественныя симпатіи. Возстановить его истинную высокую роль еще не поздно. И не въ догматикѣ должно происходить это обновленіе, не замѣною догматики соціологическими изслѣдованіями, не путемъ разныхъ пріемовъ свободнаго толкованія, а именно въ критикѣ существующаго, въ политикѣ долженствующаго. Тогда юриспруденція перестанетъ быть «служанкой законодателя», какъ внушалъ ей Виндшейдъ, а станетъ гласной совѣтницей законодателя, руководительницей всей соціальной

Digitized by Google

жизни, — пока не исчезнетъ потребность принудительнаго нормированія человѣческихъ отношеній».

Въ этихъ словахъ высказана наиболѣе существенная часть научнаго завѣщанія Г. Ф. Шершеневича.

Б. Кистяковскій.

Г. И. Ивановъ. Психологическая теорія права въ критической литературѣ. С.-Пб. 1913 г. 157 стран. Цѣна 90 коп.

Г. Ивановъ уже во второй разъ выступаетъ въ защиту теорій проф. Петражицкаго. Намъ неизвѣстно, какой характеръ носила его первая брошюра, вышедшая еще въ 1910 году, но та, которую онъ теперь предлагаетъ вниманію читателей, имѣетъ своей цѣлью окончательно уничтожить цѣлый рядъ критиковъ психологической теоріи права. Этому уничтоженію подвергаются слѣдующія лица: Б. А. Кистяковскій, проф. Шершеневичъ, прив.-доц. Кокошкинъ, прив.-доц. А. Рождественскій, В. Я. Гинцбергъ, В. Поппе и прив.-доц. А. Ященко; каждому изъ нихъ посвящается по особой главѣ.

При разборѣ разнообразныхъ вопросовъ, затронутыхъ критикой, г. Ивановъ продолжаетъ считать своимъ единственнымъ источникомъ и авторитетомъ извѣстные труды проф. Петражицкаго. Въ нихъ, какъ оказывается, уже заранѣе были предусмотрѣны всѣ «подлежащія нелѣпости» и заранѣе также были предрѣшены всѣ сомнѣнія и недоумѣнія критики, съ какой стороны она бы ни подходила къ психологической теоріи права. Такимъ образомъ, г. Иванову остается только повторить то, что писалъ учитель по адресу своихъ критиковъ еще до появленія ихъ критики, и онъ это дѣлаетъ съ успѣхомъ. При этихъ условіяхъ рецензентъ долженъ уже оставить на усмотрѣніе читателя рѣшеніе вопроса о томъ, поступаетъ ли такъ г. Ивановъ потому, что ученія проф. Петражицкаго составляютъ для него единственно истинное знаніе, или потому, что они просто — его единственное знаніе. Въ общемъ соображенія г. Иванова сводятся къ тому, что критики проф. Петражицкаго или не постигли его ученій или прямо ихъ исказили — иногда даже недобросовѣстно. Это доказывается «документально» — цитатами изъ его книгъ или путемъ изложенія соотвѣтственныхъ подлинныхъ ученій проф. Петражицкаго. Но оказывается, что непониманіемъ г. Ивановъ считаетъ всякое признаніе положеній и утвержденій проф. Петражицкаго произвольными и недоказанными — или несоотвѣтствующими тому, что юристы — и въ значительной степени самъ г. Петражицкій —

Digitized by Google

понимали и продолжаютъ понимать понынѣ подъ правомъ и подъ функціями права. Искаженіемъ же и приписываніемъ проф. Петражицкому того, о чемъ онъ не говоритъ, онъ считаетъ всякое освѣщеніе его ученій съ точки зрѣнія заложенныхъ въ нихъ тенденцій и вытекающихъ изъ нихъ послѣдствій, которыя, какъ это и понятно, не совпадаютъ съ тѣмъ, чему учитъ проф. Петражицкій, и что онъ хочетъ доказать. Поэтому, напр., онъ такъ возмущается указаніемъ на аналитическій и номиналистическій характеръ опредѣленій проф. Петражицкаго (и всего вообще его мышленія), когда цитатами можно показать, что ему извѣстна разница между аналитическими и синтетическими сужденіями и что у него имѣется нарочитое предостереженіе противъ смѣшенія понятій съ ихъ названіями. Въ такомъ духѣ ведется все опроверженіе противниковъ, которое изобилуетъ къ тому же разнообразными, стилизованными въ духѣ проф. Петражицкаго экзорцизмами. Вообще вся манера полемики г. Иванова и нетерпимый ея тонъ скопированы до мелочей. Этотъ тонъ особенно непріятно поражаетъ по отношенію къ проф. Шершеневичу, какъ къ ушедшему изъ числа живыхъ противнику,

Полемизировать по существу съ г. Ивановымъ и съ другими, увѣровавшими въ истины проф. Петражицкаго, было бы безполезно: они забронированы отъ всякой критики и вообще отъ всякихъ мыслей, не соотвѣтствующихъ тому, чему ихъ учили, гипнозомъ отъ внушеннаго имъ ограниченнаго круга идей. Эта умственная замороженность вообще предохраняетъ адептовъ «новаго ученія» отъ вліянія всякихъ иныхъ мыслей въ такой же мѣрѣ, въ какой творца этого ученія предохраняетъ отъ подобнаго же вліянія его замѣчательная и исключительно сильная индивидуальность. Впрочемъ, замѣтка эта и не пишется для нихъ. Для насъ же брошюра г. Иванова любопытна, какъ показатель того, что въ психологической теоріи права и въ ея заразительности мы имѣемъ предъ собой классическій образецъ самообольщенія и идейнаго вліянія натуралистическаго мышленія.

Это мышленіе всегда находило и будетъ находить благодарную почву, потому что оно строитъ свои теоріи на весьма простыхъ, наивно-реалистическихъ данныхъ (въ нашемъ случаѣ—психологическаго характера), и этимъ путемъ сразу завоевываетъ умы, особенно молодые умы, своей кажущейся неопровержимой ясностью. Нѣтъ сомнѣнія, что тотъ интроспективный психологическій методъ, которымъ пользуется проф. Петражицкій и который онъ проповѣдуетъ, равно какъ и вытекающее изъ его примѣненія сведеніе всѣхъ идейныхъ величинъ къ формамъ ихъ проявленія въ непосредственныхъ переживаніяхъ, есть не что иное, какъ особый видъ

Digitized by Google

наивнаго реализма. Намъ кажется, что въ этомъ и кроется причина заразительности ученій проф. Петражицкаго. Утверждая это, мы, конечно, опять даемъ возможность г. Иванову «документально» доказать, что это искаженіе, потому что проф. Петражицкій самъ всегда борется съ наивнымъ реализмомъ.

Натуралистическое мышленіе особенно легко одерживаетъ побѣды въ пору зарожденія новыхъ проблемъ и въ пору успленныхъ исканій къ разрѣшенію старыхъ вопросовъ. Оно является тогда для многихъ какъ бы якоремъ спасенія — и даже благовѣстомъ освобожденія отъ всякихъ умственныхъ затрудненій. Къ тому же талантливые, иногда вдохновенные, инициаторы этихъ «освобожденій» умѣютъ иногда передъ изумленнымъ наивнымъ взоромъ превращать письмена своихъ ученій, зачастую начертанныя на водѣ, въ огненныя буквы единой спасительной истины, свѣтящей во мракѣ. Это тѣмъ болѣе имъ удавалось и удается, что въ наивно-реалистическомъ мышленіи всегда сочетались лепетъ первыхъ словъ въ познаніи — съ чаяніемъ его послѣднихъ достиженій. Въ наукѣ права мы видимъ теперь нѣчто подобное. Юристы очень долго не осмысливали общихъ принциповъ своей науки и общихъ условій мыслимости своего предмета. Когда же они очнулись отъ «догматическаго» сна, пришлось начать издалека, и оказалось, что правильная постановка ихъ проблемъ связана со сложнѣйшими задачами человѣческаго познанія и мышленія. И вотъ въ эту критическую для философіи и теоріи права эпоху психологическая теорія права проф. Петражицкаго явилась тѣмъ натуралистическимъ свѣтомъ, который сразу разсѣялъ всѣ трудности и показалъ, что все рѣшается сравнительно просто и легко. Этотъ призывъ быстро завоевалъ незрѣлыя симпатіи не только кажущейся самоочевидностью провозглашенныхъ истинъ, но и освобожденіемъ отъ умственныхъ затрудненій и отъ сложности проблемъ, — освобожденіемъ отъ отвѣтственнаго умственнаго бодрствованія черезъ замѣну прежняго догматическаго сна наивно-реалистическимъ гипнозомъ. Въ этомъ свойствѣ психологической теоріи права, какъ вообще всѣхъ натуралистическихъ и позитивистическихъ теорій, несомнѣнно кроется элементъ безсознательной и невольной научной демагогіи, отъ которой слѣдуетъ предостерегать въ наше время критической пытливости, которое однако вмѣстѣ съ тѣмъ есть и время чрезвычайной «разсѣянности» мнѣній. Въ интересахъ этого именно принципіальнаго выясненія положенія вещей и идейной роли психологической теоріи права брошюра г. Иванова и отмѣчается на страницахъ этого журнала.

Вен. Гинцбергъ.

Digitized by Google

Проф. І. А. Покровскій. Исторія римскаго права. С.-Пб., 1913. Изд. юрид. книжнаго магазина «Право». XVII+571 стран., ц. 3 руб. 50 коп. (въ переплетѣ).

Труды профессора І. А. Покровскаго, посвященные одному изъ труднѣйшихъ и интереснѣйшихъ вопросовъ исторіи римскаго права (генезисъ преторскаго права, въ его связи съ процессомъ), давно уже занимаютъ опредѣленное почетное мѣсто въ міровой литературѣ римскаго права. Въ Россіи проф. Покровскій принадлежитъ къ немногимъ академическимъ дѣятелямъ, въ теченіе многихъ лѣтъ съ честью несшимъ нелегкій и не всегда благодарный трудъ преподаванія римскаго права. Плодомъ многолѣтняго педагогическаго опыта является «Исторія Римскаго права», которая, поэтому, не можетъ не обратить на себя вниманія не только спеціалистовъ, но и болѣе широкихъ круговъ публики, такъ или иначе интересующейся юридическими науками.

Руководство распадается на двѣ главныхъ части: І — исторія институтовъ публичнаго права, ІІ — исторія гражданскаго права.

Первая часть представляетъ собою такъ называемую «Внѣшнюю исторію римскаго права», или «Курсъ исторіи римскаго права» германскихъ университетовъ; она заключаетъ въ себѣ исторію государственнаго права, источниковъ права, гражданскаго процесса, уголовнаго права и процесса; изложеніе ведется по періодамъ, соотвѣтственно послѣдовательнымъ формамъ государственнаго устройства: періодъ царей, республики, принципата, абсолютной монархіи; послѣдняя (V) глава первой части («Римское право въ новомъ мірѣ») рисуетъ судьбы римскаго права въ Византіи и въ З. Европѣ (исторія науки и рецепціи римскаго права). Для каждаго періода дается очеркъ экономическихъ отношеній. Въ отличіе отъ многихъ другихъ курсовъ, авторъ удѣляетъ достаточно вниманія уголовному праву и процессу. Должно отмѣтить также, что романисты нерѣдко слѣдуютъ теперь, въ дѣленіи на періоды, воззрѣніямъ многихъ историковъ, не придающихъ особенно рѣшающаго значенія переходу отъ монархіи къ первоначальной республиканской формѣ, и соединяютъ монархію и эту форму въ одинъ періодъ.

Вторая часть обнимаетъ обычный матеріалъ «Институцій», но отличается — и несомнѣнно къ своей выгодѣ — системой: послѣ исторіи ученія о субъектахъ права (гл. І, «Исторія гражданскаго общества») излагается исторія институтовъ гражданскаго права по четыремъ отдѣламъ, на которые обычно дѣлится «особенная часть»

Digitized by Google

пандектъ: исторія вещныхъ правъ (гл. VII), обязательствъ (VIII), отношеній семейственныхъ (IX), наслѣдованія (X). Матеріалъ каждаго отдѣла излагается въ порядкѣ послѣдовательнаго развитія институтовъ, начиная съ древняго цивильнаго права; гл. VII: I — институты цивильнаго права, II — институты преторскаго права; гл. VIII: I — старое цивильное право, II — система обязательствъ позднѣйшаго права; въ такомъ же порядкѣ, только безъ особаго подраздѣленія, излагаются институты семейнаго и наслѣдственнаго права. Каждому отдѣлу предпосылается очеркъ общихъ юридическихъ понятій, необходимыхъ для изученія исторіи соотвѣтствующихъ институтовъ.

Преимущество принятой авторомъ системы изложенія состоитъ прежде всего въ томъ, что она избавляетъ отъ необходимости относить каждый институтъ гражданскаго права къ опредѣленному періоду исторіи права публичнаго, между тѣмъ какъ фазы развитія обѣихъ системъ права могутъ не во всемъ совпадать, а время появленія институтовъ гражданскаго права часто не поддается опредѣленію; въ то же время облегчается достиженіе одной изъ цѣлей преподаванія исторіи римскаго права: изученіе, на матеріалѣ исторіи римскаго права, основныхъ элементарныхъ понятій гражданскаго права и основныхъ формъ развитія его институтовъ. Но, съ другой стороны, эта система разрываетъ цѣльность историческаго изложенія и все-таки не вполнѣ устраняетъ затрудненіе отъ необходимости отнести институтъ къ нѣкоторому болѣе или менѣе опредѣленному періоду времени. Едва ли всѣ согласятся съ тѣмъ, что стипуляція цѣликомъ включена въ «систему обязательствъ позднѣйшаго права» вмѣстѣ съ реальными и консенсуальными контрактами, на долю же «стараго цивильнаго права» оставлено только fiducia и nexum.

Литературныя указанія даются въ размѣрѣ, совершенно соотвѣтствующемъ требованіямъ, какія можно предъявить къ элементарному курсу. Источники указаны только тамъ, гдѣ это представлялось автору необходимымъ.

Само собою разумѣется, что рецензируемое руководство поставлено въ уровень съ современнымъ состояніемъ науки. Авторъ не боится вводить въ изложеніе новѣйшія попытки объясненій темныхъ моментовъ исторіи римскаго права; это оживляетъ изложеніе, не лишая его характера элементарности и не утомляя читателя; гипотезы и различныя литературныя теченія сообщаются только по важнѣйшимъ вопросамъ (напр., о nexum); имъ дается сравнительная критическая оцѣнка. Въ ученіе объ источникахъ права включены результаты собственныхъ изысканій автора, но отмѣчено

Digitized by Google

расхожденіе съ господствующимъ воззрѣніемъ и изложено это послѣднее.

Соединеніе научности съ элементарностью, точности съ простотою, въ общемъ, чрезвычайно удалось автору; и если замѣтны нѣкоторыя погрѣшности противъ строгости изложенія, то только потому, что уровень, на которомъ стоитъ руководство, повышаетъ невольно предъявляемыя къ нему требованія. (Едва ли, напр., достаточно точно передается смыслъ «justus titulus» словами: «правомѣрный актъ», стран. 340).—Приложенный въ концѣ книги указатель весьма облегчаетъ пользованіе книгой и дѣлаетъ ее также удобнымъ справочнымъ пособіемъ для всѣхъ, интересующихся вопросами исторіи римскаго права.

С. Сабининъ.

Ю. Готье. Исторія областного управленія въ Россіи отъ Петра I до Екатерины II. Томъ I. Реформа 1727 г. Областное дѣленіе и областныя учрежденія 1727—1775 гг. Москва. 1913 г. 472 стр. Ц. 3 руб.

Новый трудъ г. Ю. В. Готье представляетъ весьма солидное и обстоятельное изслѣдованіе, результатъ детальной обработки большого, совершенно свѣжаго архивнаго матеріала. Авторъ съ огромнымъ вниманіемъ, не боясь кропотливой работы, обставляетъ свои выводы и построенія во всѣхъ подробностяхъ документальными данными, обнаруживая временами, мы сказали бы, даже излишнюю расточительность въ пользованіи источниками. Онъ цитируетъ ихъ даже и тогда, когда свободно можно было бы ограничиться простымъ резюме или краткою ссылкой. Авторъ въ этомъ отношеніи какъ бы не различаетъ болѣе важныхъ и контроверзныхъ сюжетовъ въ своемъ изслѣдованіи отъ второстепенныхъ и менѣе важныхъ. Подобное embarras de richesse архивнаго аппарата въ книгѣ Готье мѣстами безъ особенной нужды только загромождаетъ изложеніе и развитіе избранной имъ темы, хотя и дѣлаетъ честь добросовѣстности автора.

Что касается самой темы изслѣдованія г. Готье, то она избрана, несомнѣнно, весьма удачно. Исторія областного управленія въ Россіи въ періодъ отъ Петра I до Екатерины II до сихъ поръ представляла ощутительный пробѣлъ въ разработкѣ нашей государственной исторіи. Заслуга автора тѣмъ болѣе должна быть признана въ данномъ случаѣ, что избранный имъ историческій періодъ далеко не могъ представлять того живого интереса для спеціальной

Digitized by Google

разработки, какъ усиленно привлекавшія до сихъ поръ къ себѣ вниманіе спеціалистовъ петровская или екатерининская эпохи. Нельзя не отмѣтить также, что автору пришлось разрабатывать свою тему почти на нови, не имѣя предшественниковъ. Наконецъ, позволимъ себѣ указать, что и по своимъ методологическимъ пріемамъ работа г. Готье заслуживаетъ полнаго сочувствія, поскольку авторъ поставилъ своей прямой задачей связать «исторію учрежденій» съ «реальными условіями жизни страны». Авторъ справедливо указываетъ при этомъ (стран. 2), что историки права, изучавшіе до сихъ поръ исторію нашихъ государственныхъ учрежденій, изслѣдовали ее «внѣ связи съ людьми, внѣ связи съ обществомъ, мало учитывая реальную жизнь». Мы распространили бы, однако, въ интересахъ научной справедливости, этотъ упрекъ не только на юристовъ, но и на всю вообще русскую историческую школу до Ключевскаго. Что касается самого автора, то онъ, думается намъ, въ приложеніи своего метода оказался излишне скромнымъ, положивъ, по его собственному признанію, «въ основу работы... почти исключительно офиціальное дѣлопроизводство въ самыхъ различныхъ его видахъ» (стран. 7). И дѣйствительно, нельзя не признать, что авторомъ лишь очень скупо выяснено вліяніе соціальныхъ условій эпохи на общій строй и судьбу областныхъ учрежденій середины XVIII ст. Въ указанномъ отношеніи г. Готье слишкомъ уже отдалъ большую дань въ своихъ общихъ выводахъ достаточно устарѣвшей, и на его взглядъ, научной традиціи. Поэтому, несмотря на то, что трудъ г. Готье несомнѣнно является капитальнымъ изслѣдованіемъ по исторіи областного управленія избранной имъ эпохи, съ выводами и общими заключеніями уважаемаго автора все же далеко не всегда можно согласиться.

Прежде всего авторъ слишкомъ легко воспринялъ, не подвергнувъ его основательной критикѣ, тотъ взглядъ на отношеніе преемниковъ Петра къ его реформѣ, согласно которому на послѣ-петровскую «ломку» государственныхъ учрежденій у насъ принято смотрѣть, какъ на реакціонный поворотъ назадъ къ «старомосковскимъ» идеаламъ на почвѣ «идеализаціи московской старины». Эта мысль проходитъ черезъ всю книгу г. Готье и повторяется имъ на цѣломъ рядѣ страницъ (9, 48, 51, 101, 181, 205, 385, 465). Между тѣмъ съ ней едва ли можно теперь согласиться. Прежде всего въ ней заключается очевидная идеализація самой реформы Петра и его «дѣла», переоцѣнка петровскаго наслѣдія и той «высоты», на которую будто бы вознесъ Петръ Россію въ своихъ учрежденіяхъ. Авторъ совершенно упускаетъ изъ виду, что та самая «ломка», которая цѣликомъ отнесена имъ на счетъ преемниковъ Петра, начата была

Digitized by Google

самимъ великимъ Преобразователемъ, разрушившимъ своей собственной рукой созданныя имъ же самимъ учрежденія. Г. Готье несомнѣнно идеализируетъ петровскія учрежденія, приписывая имъ стройный и планомѣрный характеръ, въ противоположность творцамъ областной системы середины XVIII в., у которыхъ, по мнѣнію автора, не было никакихъ руководящихъ принциповъ и началъ. Авторъ забываетъ, какъ много въ петровскихъ реформахъ, и областной особенно, «не смотря учинено было». Вѣдь, по существу, Петръ только и занимался тѣмъ, что перестраивалъ свои недостроенныя сооруженія, нетерпѣливо разрушая то, что только что было передъ тѣмъ создано. И нигдѣ, быть можетъ, эта ломка не произвела такихъ опустошеній, какъ, именно, въ системѣ областныхъ учрежденій, гдѣ получилось какое-то безобразное нагроможденіе коронной и выборной администраціи губернскихъ властей и конкурирующихъ съ ними военныхъ постоевъ «дистрикта». Конечно, останься Петръ въ живыхъ, онъ не остановился бы на принятыхъ имъ мѣрахъ, а пошелъ бы далѣе по пути «разрушенія» своего «дѣла». Его преемники только продолжали начатое имъ; оставаться при той «разсыпанной храминѣ» областныхъ учрежденій, которую онъ завѣщалъ имъ, было невозможно. Въ этомъ смыслѣ реформы 1727 г. и послѣдующія были такой же «реакціей» противъ Петра, какой былъ онъ самъ въ своемъ собственномъ дѣлѣ. Циклопическія сооруженія, воздвигнутыя Петромъ, нуждались въ практической переработкѣ, въ упорядоченіи, упрощеніи, приведеніи въ извѣстную систему.

Правда, дѣльцы послѣпетровскаго правительства не были высокаго полета, но они не были и лишены практическаго смысла. Самъ же авторъ долженъ былъ признать, что преемники Петра создали «довольно стройное областное дѣленіе», ввели довольно правильную іерархію органовъ областного управленія и исправили рядъ недостатковъ въ петровскихъ учрежденіяхъ (стран. 24, 59, 69, 104). При такихъ условіяхъ реформа 1727 г. была не только «актомъ, разрушившимъ областныя учрежденія Петра» (разрушилъ ихъ самъ Петръ, ср. стран. 37, 42), сколько ихъ упрощеніемъ, а отчасти и упорядоченіемъ. И упрекъ автора преемникамъ Петра въ «неумѣніи продолжать дѣло преобразователя» не только въ извѣстномъ смыслѣ можетъ быть обращенъ къ самому преобразователю, но и долженъ быть принятъ cum grano salis. Тѣмъ болѣе, что и самъ г. Готье не отрицаетъ, что «завѣты» Петра не были чужды его наслѣдникамъ (стран. 10, 39). «Разрушая» же петровскія учрежденія они тѣмъ самымъ продолжали «дѣло» Преобразователя. Думаемъ, что та пропасть, которую авторъ стремится вырыть между «высокими» стремленіями Петра и разрушительной политикой его жалкихъ

Digitized by Google

преемниковъ не была бы такъ глубока, если бы авторъ не склоненъ былъ въ каждомъ измѣненіи, каждомъ шагѣ реформаторовъ середины XVIII в. видѣть рецидивъ «старомосковскихъ» порядковъ, «московское нутро», возвратъ къ «старомосковскому быту». Всякое упрощеніе въ хаотической системѣ петровскихъ областныхъ учрежденій г. Готье готовъ истолковать, какъ поворотъ назадъ, тогда какъ, въ дѣйствительности, мы вовсе имѣемъ здѣсь дѣло не съ «идеализаціей московской старины», а съ дальнѣйшимъ развитіемъ той централизаціи и бюрократизаціи всей системы государственнаго управленія, которая была такъ характерна для развивавшагося тогда у насъ полицейскаго, абсолютистскаго государства. Сосредоточеніе власти въ единоличныхъ, іерархически подчиненныхъ центру, органахъ областной администраціи лишь только формально, по внѣшности возвращало послѣпетровскую административную систему къ «старомосковскимъ» порядкамъ. Въ дѣйствительности петровская коллегіальность, «соборное» начало въ управленіи было гораздо ближе, какъ это признаетъ и самъ авторъ (181 стран.), къ старо-московскому быту, чѣмъ централистическія тенденціи правительства 1727—1775 гг. зародившіяся еще въ московскомъ періодѣ, гдѣ должно искать и прецедентовъ самой реформы Петра. Непонятно также, какъ авторъ можетъ видѣть «старую московскую традицію» въ мелочной полицейской регламентаціи (203 стран.) XVIII ст. Автору хорошо извѣстно, конечно, что эта регламентація была типичнымъ явленіемъ, именно, петровской и послѣпетровской имперіи, тогда какъ въ Москвѣ — согласно воеводскимъ наказамъ — «дѣятельность областныхъ правителей» регулировалась классическимъ началомъ «какъ ихъ Богъ вразумитъ», да «старинной», «пошлиной». Совершенно очевидно при такихъ условіяхъ, что ни іерархическое начало, ни бюрократизація, ни централизація, ни регламентація, ни внѣдреніе въ систему управленія «министерскаго» (единоличнаго) начала не были вовсе явленіями историческаго атавизма, какъ думаетъ авторъ, а дальнѣйшимъ развитіемъ тѣхъ новыхъ историческихъ началъ, которымъ принадлежало будущее. Такимъ же живымъ явленіемъ былъ и «ростъ сословнаго элемента въ областной администраціи» послѣпетровской эпохи. Авторъ можетъ, конечно, считать (стран. 13) отмѣченный фактъ «явленіемъ отрицательнымъ», но историкъ, думается намъ, долженъ былъ бы также подойти къ этому факту и съ чисто исторической стороны. Узко-фискальный характеръ петровскихъ учрежденій, которыя такъ мало считались съ интересами господствующаго класса дворянства, въ которомъ все болѣе и болѣе развивались землевладѣльческо-крѣпостническія вожделѣнія, въ значительной

Digitized by Google

мѣрѣ создалъ неуспѣхъ его реформы, такъ какъ Петръ слишкомъ мало вообще считался съ интересами сословій, на которыхъ покоилось тогда все государство. Дворянское общество, систематически уклонявшееся отъ государственнаго тягла, имѣло достаточно основаній избѣгать и губернской службы, настойчиво проводя, однако, свою «шляхетскую» политику. Оно вовсе не «проспало», какъ думаетъ г. Готье, екатерининской комиссіи, напротивъ, очень ясно дало понять власти XVIII ст., что оно вполнѣ равнодушно къ тому «журавлю въ небѣ», котораго ему сулило довольно легкомысленно правительство «коронованнаго философа», но зато столь же ясно заявило о своихъ реальныхъ интересахъ, которые должны были создать эпоху дворянскаго засилья въ провинціи, а затѣмъ и въ областномъ управленіи. Эта соціальная сторона исторіи областного управленія середины XVIII ст., подготовившая новую реформу его, во второй половинѣ осталась мало освѣщенной въ изслѣдованіи автора. Не будемъ касаться нѣкоторыхъ иныхъ недочетовъ работы г. Готье (вопроса о судѣ по формѣ и т. д.). Нашъ отзывъ и безъ того перешелъ легальные размѣры журнальной рецензіи. Позволимъ себѣ только сказать въ заключеніе нашего разбора цѣннаго изслѣдованія г. Готье, что своими замѣчаніями мы не думали нисколько умалять несомнѣнныхъ выдающихся достоинствъ его ученаго труда, который несомнѣнно займетъ почетное мѣсто въ литературѣ предмета, рядомъ съ изслѣдованіемъ г. Богословскаго, которое онъ такъ удачно продолжаетъ.

Б. И. Сыромятниковъ.

Питиримъ Сорокинъ. Преступленіе и кара, подвигъ и награда. Соціологическій этюдъ объ основныхъ формахъ общественнаго поведенія и морали. Съ предисловіемъ проф. М. М. Ковалевскаго. С.-Пб. Изданіе Я. Т. Долбышева 1914. L+456. Цѣна 2 руб. 75 коп.

Какъ видно изъ подзаголовка, книга г. Сорокина посвящена соціологическому разсмотрѣнію преступленія и кары, подвига и награды. Подъ такимъ разсмотрѣніемъ авторъ разумѣетъ изслѣдованіе состава, закономѣрности и внутренняго развитія этихъ образованій въ условіяхъ соціальной дѣйствительности, однимъ изъ проявленій которой являются эти образованія, если имѣть въ нихъ въ виду не только извѣстные акты, но также и опредѣленныя переживанія, символами которыхъ оказываются акты. Такая поста-

Digitized by Google

новка задачи, естественно, предполагаетъ предварительный психологическій анализъ переживаній преступленія и кары, подвига и награды. Авторъ предпринимаетъ этотъ анализъ, руководясь психологическимъ ученіемъ проф. Л. І. Петражицкаго. Такимъ образомъ, книга г. Сорокина состоитъ изъ трехъ частей: первая посвящена психологической подготовкѣ соціологическаго изслѣдованія, двѣ остальныя — этому изслѣдованію, при чемъ одна изъ нихъ отведена подъ разсмотрѣніе «вліянія каръ и наградъ на поведеніе человѣка», другая же запята разсужденіемъ о «генезисѣ и эволюціи основныхъ формъ поведенія». Соціологическій анализъ и разсужденія г. Сорокина имѣютъ двоякое назначеніе: теоретическое и практическое. Первое сводится къ установкѣ природы изучаемыхъ явленій. Второе состоитъ въ возможности использовать этотъ теоретическій результатъ для цѣлей морали и политики права. Вопросу о возможности и условіяхъ такого использованія посвящено авторомъ обстоятельное введеніе, озаглавленное: «Нормативная ли наука этика и можетъ ли она ею быть». Предисловіе, написанное проф. М. М. Ковалевскимъ, содержитъ весьма лестную для автора характеристику содержанія и оцѣнку соціологическаго значенія книги.

Принимая дѣленіе проф. Петражицкаго актовъ поведенія на разряды facere, abstinere и pati, авторъ показываетъ, что въ составъ каждаго изъ этихъ трехъ разрядовъ входятъ, въ свою очередь, тройкаго рода акты: рекомендуемые, должные и запрещенные. Въ отвѣтъ на эти акты въ переживаніи ихъ субъектовъ, а также въ сознаніи другихъ сочленовъ общественной группы возникаютъ реакціи: на акты рекомендуемые — реакція благодарности, на акты должные — реакція съ окраской «справедливо», «нормально» и т. д., на акты запрещенные — реакція отвращенія, отталкиванія. Авторъ затѣмъ даетъ слѣдующій рядъ опредѣленій: «Акты рекомендуемые назовемъ подвигомъ или услугой, а реакцію на нихъ со стороны другого, воспринимающаго ихъ именно, какъ акты рекомендуемые, — наградой. Акты запрещенные назовемъ преступленіемъ, реакцію на нихъ, понимаемыхъ другими именно, какъ акты запрещенные, — наказаніемъ. Акты «дозволенно-должные» и вызываемую ими реакцію будемъ называть просто дозволенно-должными» (стр. 58). Въ дальнѣйшемъ авторъ занимается только двумя первыми изъ этихъ трехъ паръ явленій. Находя, что правовѣдѣніе несправедливо обращаетъ исключительное вниманіе на одни лишь преступленія и кары, г. Сорокинъ дѣлаетъ попытку научнаго разсмотрѣнія явленій подвига и награды. Такъ, въ параллель уголовному праву, онъ выдвигаетъ и обосновываетъ понятіе наградного или преміальнаго права, а также стремится провести въ области этого послѣд-

Digitized by Google

няго аппаратъ понятій криминологіи, соотвѣтственнымъ образомъ исправленный, конечно. Кары и награды, обращаясь въ обществѣ, постепенно «шаблонизируются» и кодифицируются. Здѣсь мы вступаемъ уже въ область соціологическаго изслѣдованія. Авторъ говоритъ сперва объ двухъ вліяніяхъ каръ и наградъ — мотиваціонномъ и дрессирующемъ — на личность и общественныя группы, оцѣнивая то и другое положительнымъ образомъ, не на основаніи какой-либо предвзятой теоріи, а опираясь на данныя индивидуальной и общественной жизни, свидѣтельствующія о воспитывающемъ вліяніи на нихъ каръ и наградъ. Прослѣдивъ, далѣе, связь каръ и наградъ съ динамикой и статикой общественныхъ группъ, г. Сорокинъ переходитъ къ обстоятельному, документированному изученію историческихъ тенденцій въ развитіи каръ и наградъ, которыя онъ усматриваетъ въ возрастающемъ смягченіи интенсивности тѣхъ и другихъ, сопровождаемомъ суженіемъ объема караемыхъ и награждаемыхъ лицъ и актовъ въ основныхъ проявленіяхъ общественной дѣятельности. Колебанія, испытываемыя этими тенденціями, подчиняются, согласно г. Сорокину, слѣдующему закону: «Интенсивность каръ (и наградъ) тѣмъ болѣе велика въ каждый историческій моментъ, чѣмъ болѣе примитивно данное общество и чѣмъ больше антагонистической разнородности въ психикѣ и поведеніи его членовъ. И обратно, чѣмъ болѣе культурно данное общество и чѣмъ болѣе однородна психика и поведеніе его членовъ — тѣмъ менѣе жестоки кары и менѣе интенсивны награды», (стр. 424). Въ заключеніе авторъ останавливается на вопросѣ о томъ, можно ли считать развитіе человѣческаго поведенія прогрессивнымъ. Онъ отвѣчаетъ на него въ видѣ такого раздѣлительнаго сужденія: оно прогрессивно, если тенденціи поведенія, вскрываемыя исторіей, мы хотимъ признать положительными, нормальными; оно не прогрессивно, если мы стоимъ на противоположной точкѣ зрѣнія. Выборъ какой-либо одной изъ этихъ оцѣнокъ развитія поведенія не предрѣшается ни соціологіей, ни этикой, ибо онѣ не даютъ оцѣнокъ, являясь чисто-теоретическими науками. Такъ, въ заключеніи книги г. Сорокинъ воспроизводитъ въ конкретной обстановкѣ взглядъ, развитый имъ во введеніи и гласящій, что наука не устанавливаетъ нормъ должнаго, а ограничивается лишь теоретическимъ уясненіемъ условій и послѣдствій выбора тѣхъ или другихъ нормъ.

Такова руководящая нить содержанія книги г. Сорокина. По пути она обросла многочисленными узлами, передъ которыми авторъ не останавливается, но, по вѣрному замѣчанію проф. Ковалевскаго — «можно сказать, ищетъ ихъ» (IV). О нѣкоторыхъ изъ этихъ узловъ слѣдуетъ сказать, быть можетъ, что, не завязывая ихъ,

Digitized by Google

авторъ ничего не потерялъ бы и даже выигралъ бы въ ясности и убѣдительности, ибо иные вопросы у него не развязываются, а разрубаются не очень убѣдительно, бросая тѣнь неубѣдительности на спеціальное и прямое содержаніе книги, по существу съ ними, однако, иногда и не связанное. Это особенно слѣдуетъ сказать, напр., о предпринятомъ г. Сорокинымъ изслѣдованіи возникновенія сознанія, каковое изслѣдованіе и мало убѣдительно и не нужно для цѣлей его книги. То же относится и къ нѣсколькимъ десяткамъ страницъ, отведеннымъ авторомъ разсмотрѣнію происхожденія явленій, связанныхъ въ дочеловѣческомъ и человѣческомъ мірѣ съ сознаніемъ: относящіеся сюда факты не имѣютъ прямого отношенія къ соціологическому изслѣдованію. Книга г. Сорокина, кажется намъ, выиграла бы въ ясности также и въ томъ случаѣ, если бы онъ значительно сократилъ главы, отведенныя имъ психологическому анализу и юридической конструкціи понятій «наградного права». Послѣдняя задача, сама по себѣ цѣнная и интересная, не требуется, однако, задачей соціологическаго изслѣдованія въ томъ объемѣ, въ какомъ установилъ ее авторъ, что подтверждаетъ неиспользованностью юридическаго аппарата понятій наградного права въ дальнѣйшемъ. Если исключить всѣ подобные элементы книги, остается цѣнное и прекрасно освѣщенное ядро ея. Оно заключается въ мысли, что преступно-карательные и услужно-наградные акты представляютъ параллелизмъ, какъ въ своемъ составѣ, такъ и въ своей общественной роли, что они совмѣстно подчинены однимъ и тѣмъ же общественнымъ условіямъ, въ зависимости отъ колебаній которыхъ стоитъ составъ и объемъ преступно-карательныхъ и услужно-наградныхъ актовъ, и что, наконецъ, оба разряда актовъ поведенія проникнуты одною и тою же основной тенденціей, идущей въ направленіи къ смягченію ихъ интенсивности и ограниченію объема лицъ и отношеній, на которыхъ падаютъ кары и награды. Всюду авторъ, въ проведеніи этой точки зрѣнія, обнаруживаетъ большую эрудицію и умѣніе обрабатывать въ соціологическихъ цѣляхъ громадный сырой матеріалъ, почерпаемый изъ этнографіи, исторіи права и вообще исторіи, а также изъ различныхъ работъ по психологіи.

Однако, признавая цѣнность и значительность поставленной и рѣшенной авторомъ задачи, мы все же считали бы желательнымъ нѣсколько болѣе углубленное теоретическое освѣщеніе цѣлей его книги, чѣмъ то, какое нашло себѣ мѣсто въ послѣдней. Прежде всего автору, какъ намъ кажется, слѣдовало бы высказаться о томъ, какъ именно надлежитъ разсматривать установленную имъ за-

Digitized by Google

висимость между индивидуально-психологическимъ составомъ преступно-карательныхъ и услужно-наградныхъ актовъ, съ одной стороны, и характеромъ объемлющихъ ихъ соціальныхъ условій, съ другой. Обычно, эту зависимость истолковываютъ либо такъ, что причиной ея является индивидуальная сторона, либо такъ, что роль причины играетъ соціальная, либо такъ, наконецъ, что причиной оказывается взаимодѣйствіе обѣихъ сторонъ. Авторъ, повидимому, стоитъ на второй изъ этихъ точекъ зрѣнія, раздѣляя взглядъ французской соціологической школы Дюркхейма, Де-Роберти и др. Однако, это представляется едва ли обоснованнымъ. Напротивъ, самъ г. Сорокинъ въ первой главѣ своей книги указалъ на необходимость выйти за предѣлы наивной трилеммы и стать на четвертую точку зрѣнія, по которой между личнымъ и общественнымъ нѣтъ никакой, ни односторонней, ни двусторонней, причинной связи, а существуетъ лишь опредѣленная координація функціональнаго порядка. Можно только пожалѣть, что эту точку зрѣнія авторъ не использовалъ для теоретическаго освѣщенія своей книги. — Въ связи съ этимъ стоитъ нѣкоторая неясность во взглядѣ г. Сорокина на сущность преступленія и кары и, соотвѣтственно, подвига и награды: онъ не всегда одинаково изображаетъ составъ этихъ актовъ и то связываетъ ихъ съ опредѣленными соціальными моментами, то совершенно отвлекается отъ таковыхъ, считая возможнымъ трактовать, напр., преступленіе и наказаніе, какъ акты, которыхъ отдѣляетъ другъ отъ друга только временной промежутокъ; опять-таки и эти колебанія нуждаются въ отчетливомъ освѣщеніи съ помощью теоретическаго анализа. — Чрезвычайно интересное изслѣдованіе тенденцій, обнаруживаемыхъ развитіемъ каръ и наградъ, точно такъ же слѣдовало бы углубить теоретически въ интересахъ точности. Авторъ стремится доказать, во-первыхъ, что тенденціи развитія каръ и наградъ параллельны, и что онѣ состоятъ въ грядущемъ устраненіи каръ и наградъ, во-вторыхъ. Однако, параллелизмъ каръ и наградъ какъ-то мало прослѣженъ авторомъ по существу, и онъ во всякомъ случаѣ не доказалъ, что онъ не случаенъ. Брошенное имъ вскользь на стр. 386—388 замѣчаніе, что кары и награда, при данномъ соціальномъ уровнѣ, связаны коррелятивно, при всей своей цѣнности, все же именно «брошено», а не разработано съ надлежащей полнотой и основательностью, такъ что читатель, ожидающій такой разработки его на болѣе видномъ мѣстѣ, можетъ легко просмотрѣть его. Вызываетъ большія сомнѣнія мысль г. Сорокина, что тенденція развитія каръ стремится свести ихъ къ нулю: онъ, собственно, обосновываетъ иное положеніе, касающееся паденія интенсивности и суженія объема каръ

Digitized by Google

и наградъ, а вовсе не сведенія ихъ къ нулю. На это важное въ соціологическомъ смыслѣ обстоятельство, быть можетъ, слѣдовало бы обратить больше вниманія: вѣдь здѣсь рѣчь идетъ ни много, ни мало — о томъ, осуществимъ ли «градъ Божій» въ условіяхъ общества, сколь угодно совершеннаго, но все же историческаго, влачащаго бремя соціальной наслѣдственности и условій земного существованія. — Здѣсь можно не отмѣчать рядъ мелкихъ промаховъ, допущенныхъ г. Сорокинымъ во введеніи къ его книгѣ: они не уменьшаютъ ея значительности и интереса.

Т. Райновъ.

І. Гольденбергъ: — «Реформа тѣлесныхъ наказаній.» — Великія реформы шестидесятыхъ годовъ въ ихъ прошломъ и настоящемъ. Изд. Семенова. С.-Пб. Стран. 72. Цѣна 60 коп. (года изданія не обозначено).

Подъ приведеннымъ общимъ заголовкомъ съ 1905 года въ изданіи П. П. Гершунина, а съ 1913— въ изданіи М. И. Семенова вышли въ свѣтъ пять книгъ, посвященныхъ обзору главныхъ реформъ 60-хъ годовъ и современнаго состоянія соотвѣтствующихъ отдѣловъ русскаго законодательства[1]). Все изданіе, по мысли Гершунина, было предпринято съ цѣлью подведенія итоговъ тому, что было сдѣлано въ эпоху великихъ реформъ, и что предстоитъ закончить въ тѣхъ-же областяхъ въ наше время. А такъ какъ именно въ вопросахъ, затронутыхъ реформами 60-хъ годовъ, юридическая литература послѣдняго полустолѣтія очень богата и разнообразна, то нельзя не привѣтствовать появленія въ печати новыхъ трудовъ, освѣщающихъ тотъ или иной вопросъ съ исчерпывающей полнотою.

Въ этомъ смыслѣ брошюра г. Гольденберга отчасти удовлетворяетъ назрѣвшей необходимости: въ сжатой формѣ авторъ излагаетъ главнѣйшія данныя изъ исторіи примѣненія тѣлесныхъ наказаній въ Россіи, начиная съ XVII вѣка, равно какъ и изъ исторіи постепеннаго вымиранія этого института въ законодательствѣ вплоть до настоящаго времени. Сводка этихъ данныхъ у автора достаточно полна, хотя онъ не использовалъ многихъ научныхъ трудовъ по исторіи тѣлесныхъ наказаній, какъ напр., Ступина, Бинштока и Семевскаго.

---

[1]) Въ 1905 г.: К. Арсеньевъ, Законодательство о печати. — І. Гессенъ, Судебная реформа. — А. Корниловъ, Крестьянская реформа. Въ 1913 г.: К. Пажитновъ, Городская и земская реформа, и послѣдняя книжка г. Гольденберга.

Digitized by Google

Въ научномъ отношеніи трудъ г. Гольденберга представляетъ собою, главнымъ образомъ, популяризацію мало извѣстной въ широкой публикѣ, но весьма солидной работы Тимофеева («Исторія тѣлесныхъ наказаній въ русскомъ правѣ» 1887 г.), а также и книги докторовъ Жбанкова и Яковенко («Тѣлесныя наказанія въ Россіи въ настоящее время» 1899); присоединивъ сюда матеріалъ относительно примѣненія розогъ и частичной отмѣны ихъ (изъ «Эпохи великихъ реформъ» Джаншіева и ряда статей повременной печати), авторъ въ связной и живой формѣ изложилъ и юридическую и фактическую сторону вопроса. Медленный процессъ постепеннаго сужения сферы примѣненія тѣлесныхъ наказаній изображенъ въ брошюрѣ вполнѣ ясно. Законодательная замѣна болѣе грубыхъ наказаній менѣе жестокими, съ одной стороны, и расширеніе круга лицъ, изъятыхъ отъ этихъ наказаній съ другой, вмѣстѣ съ наглядными отрицательными результатами примѣненія этой кары въ судебномъ и административномъ порядкѣ и тою борьбою, которая велась въ обществѣ и законодательныхъ сферахъ вокругъ этого института: все это нашло себѣ надлежащее мѣсто въ трудѣ г. Гольденберга.

Поэтому нельзя не пожалѣть о нѣкоторыхъ дефектахъ, съ устраненіемъ которыхъ работа автора могла бы пріобрѣсть гораздо большее и научное и даже практическое значеніе (въ смыслѣ опредѣленной постановки вопросовъ de lege ferenda). Такъ напримѣръ, авторъ совершенно не касается тѣлесныхъ наказаній, какъ одного изъ вопросовъ спеціальной юридической литературы, не излагаетъ его перипетій и даже не приводитъ полной библіографіи. Между тѣмъ, такая точка зрѣнія не только заставила бы автора подвести полный итогъ всѣмъ доводамъ pro et contra тѣлесныхъ наказаній, какъ института уголовнаго права, но и помогла бы ему шире и глубже изслѣдовать вопросъ. Дѣло въ томъ, что до самаго послѣдняго времени, когда въ наукѣ заходитъ рѣчь о тѣлесныхъ наказаніяхъ, обыкновенно разсматриваются лишь тѣ изъ послѣднихъ, которыя причиняютъ физическія страданія наказываемому только путемъ нанесенія ему ударовъ по тѣлу. И, если встрѣчаются упоминанія про иные виды тѣлесныхъ наказаній, какъ прикованіе къ телѣжкѣ, бритье головы, ручныя и ножныя оковы и связки и т. п., то это происходитъ какъ бы случайно и внѣ всякой связи съ разборомъ наказаній перваго вида (такъ дѣлаетъ и г. Гольденбергъ на стр. 22, 58, 62 и 70). Наконецъ, въ той же литературѣ мы вовсе не находимъ анализа спеціальныхъ физическихъ лишеній, какъ напр., уменьшеніе пищи, лишеніе свѣта, ограниченіе въ движеніяхъ и пользованіи свѣжимъ воздухомъ, содержаніе въ температурѣ ниже нормы и т. п., хотя всѣ эти указанныя въ законѣ

Digitized by Google

лишенія доставляютъ несомнѣнныя страданія организму наказаннаго и должны быть относимы къ категоріи тѣлесныхъ наказаній. И именно, отвѣчая на вопросъ о томъ, что остается сдѣлать въ данной области въ духѣ реформъ 60-хъ годовъ, и принимая во вниманіе, что доводы противъ тѣлесныхъ наказаній вообще сильнѣе противоположныхъ, — не трудно притти къ тому выводу, что вслѣдъ за отошедшими въ область исторіи батогами, кнутомъ, шпицрутенами, кошками, плетьми и хлыстомъ всѣ остальные виды тѣлесныхъ наказаній (т.-е. розги, кандалы и физическія лишенія), сохранившіеся понынѣ, подлежатъ полному исключенію изъ дѣйствующаго права.

Къ этому выводу не приходитъ г. Гольденбергъ, быть можетъ, и потому, что, несмотря на заглавіе изданія, онъ посвящаетъ вопросу о тѣлесныхъ наказаніяхъ въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ лишь немногія строки: даже относительно примѣненія розогъ этотъ вопросъ у него изложенъ слишкомъ конспективно, а критика современнаго законодательства и вовсе отсутствуетъ, отчего брошюра оставляетъ впечатлѣніе чего-то незаконченнаго.

Кромѣ того, нельзя не обратить вниманія на нѣсколько допущенныхъ авторомъ фактическихъ ошибокъ. Такъ на стр. 51 онъ заявляетъ, что великій князь Константинъ Николаевичъ «не доходилъ до полнаго отрицанія тѣлесныхъ наказаній». Между тѣмъ, въ 1862 году, обсуждая извѣстную записку кн. Орлова, великій князь сказалъ, что «необходимо стремиться къ полной отмѣнѣ тѣлесныхъ наказаній всякаго рода въ ближайшемъ будущемъ», а затѣмъ, развивая свою мысль въ засѣданіяхъ Особаго Комитета, вполнѣ опредѣленно порицалъ примѣненіе тѣлесныхъ наказаній какъ по суду, такъ и въ дисциплинарномъ порядкѣ[1]). Затѣмъ г. Гольденбергъ говоритъ, что послѣ реформъ 60-хъ годовъ розги для нижнихъ чиновъ примѣнялись лишь въ дисциплинарныхъ батальонахъ до 50 ударовъ, а въ войскахъ по уставу 1875 г. взамѣнъ одиночнаго заключенія отъ 50 до 200 ударовъ (стр. 57, 60 и 61). Эти свѣдѣнія совершенно не точны: наказаніе розгами до 50 ударовъ существовало въ качествѣ дисциплинарнаго взысканія для всѣхъ нижнихъ воинскихъ чиновъ, состоящихъ въ разрядѣ штрафованныхъ[2]), а взамѣнъ одиночнаго заключенія въ военной тюрьмѣ (отъ 1 до 4 мѣс.) примѣнялось по «временнымъ» правиламъ 1875 г., существующимъ и по настоящее время, не наказаніе розгами на-

[1]) Сводъ мнѣній по вопросу объ отмѣнѣ тѣлесныхъ наказаній, стран. 20, 40, 74—75; о томъ же см. у В. Семевскаго, Необходимость отмѣны тѣлесныхъ наказаній. «Русская Мысль», 1896 г., февраль, стран. 8—12.

[2]) Ст. 18 Устава Дисциплинарнаго, изд. 1869 и 1888 гг., отмѣненная лишь въ 1904 году.

Digitized by Google

значавшееся только штрафованнымъ, а содержаніе подъ арестомъ на хлѣбѣ и водѣ (на срокъ отъ 3 до 8 недѣль)[1]). Что касается заключенныхъ въ дисциплинарные батальоны, то по отношенію къ нимъ наказаніе розгами въ административномъ порядкѣ назначалось и назначается до сихъ поръ до 100 ударовъ[2]).

Наконецъ, надлежитъ отмѣтить еще одну ошибку автора: онъ заявляетъ, что «съ 1893 г. женскую половину Россіи можно считать избавленной — по крайней мѣрѣ, по суду — отъ какихъ бы то ни было тѣлесныхъ наказаній» (стр. 60), тогда какъ по дѣйствующему закону именно въ силу приговора суда ручныя и ножныя оковы налагаются на женщинъ, осужденныхъ въ каторжныя работы безъ срока[3]), и тотъ же законъ справедливо считаетъ это наказаніе тѣлеснымъ[4]).

Всѣ перечисленные недостатки работы г. Гольденберга (вмѣстѣ съ отсутствіемъ во многихъ мѣстахъ точныхъ ссылокъ на источники) значительно понижаютъ ея качество, что нельзя не считать досаднымъ въ виду отмѣченныхъ выше положительныхъ ея сторонъ.

Б. Ба́зилевъ.

П. В. Поповичъ. «Пріобрѣтательная давность по русскому и остз. гр. пр., равно по проекту гражд. уложенія». (Всестороннее теоретическое и практическое выясненіе вопроса на основ. сенатской практики. Проводится новый взглядъ на давность владѣнія, приближающій ее къ инст. въ римскомъ правѣ и оправдывающій ее со стороны права, справедливости и неприкосновенности права собственности, съ чѣмъ согласна и позднѣйшая практика Правит. Сената). Удостоено преміи по опредѣленію профессоровъ юридическаго факультета Императорскаго Варшавскаго университета. Варшава 1913. 2+248 стран.

Какъ видно изъ заглавія, книга представляетъ изъ себя премированную студенческую работу, повидимому, нѣсколько потомъ переработанную. Преміи она несомнѣнно заслуживала. Авторъ добросовѣстно изучилъ русскую (не иностранную) литературу

[1]) Приложеніе II къ ст. 59 Воинскаго Устава о наказаніяхъ (кн. XXII св. Военн. Пост., 1869 г., изд. 1, 2 и 3).
[2]) Ст. 79 кн. XVII Св. Военн. Пост., 1869 г. тѣхъ же изданій («Заведенія военно-тюремныя»).
[3]) Ст. 94 Уст. о ссыльн., по прод. 1906 года.
[4]) Ст. 1 Прилож. къ ст. 30 Улож. о наказ., по прод. 1906 года.

Digitized by Google

и практику Сената и далъ достаточно хорошо исполненную сводку уже сдѣланнаго. Поэтому книга его несомнѣнно является полезною. Къ сожалѣнію, книга обладаетъ и нѣкоторыми недостатками, нерѣдко встрѣчающимися въ студенческихъ работахъ. Таковы: не всегда умѣлое пользованіе источниками и пособіями и ошибки въ законахъ, когда дѣло выходитъ за предѣлы темы автора. Къ числу первыхъ можно отнести: напримѣръ, на страницѣ 75 ссылку «Боровиковскій, Гр. зак.», прим. къ ст. 563, X тома, часть I, послѣ изложенія извѣстнаго рѣшенія Государственнаго Совѣта по дѣлу Бекъ. Боровиковскій, конечно, тутъ не при чемъ: это рѣшеніе вошло въ офиціальное примѣчаніе къ ст. 563 Зак. Гражд. Другой примѣръ, критикуя извѣстное сенатское рѣшеніе 1902 года № 2, авторъ считаетъ, что ст. 446 IX тома ограждаетъ церковныя земли именно отъ постороннихъ захватовъ, и добавляетъ: «Съ этимъ мнѣніемъ отчасти согласенъ и оберъ-прокуроръ 2-го департамента Правит. Сената И. М. Тютрюмовъ. Онъ (Зак. Гражд., стран. 393, п. 22) пишетъ: «Изъ смысла 401 ст. IX т., гласящей, что церковныя земли всегда остаются неприкосновенной церковной собственностью и ограждаются отъ всякихъ сторонніхъ притязаній, логически вытекаетъ, что церковныя земли неотчуждаемы; онѣ не могутъ утрачиваться силой стороняго владѣнія, какъ бы оно продолжительно ни было». При повѣркѣ читатель убѣдится, что вся эта цитата будто бы И. М. Тютрюмова, въ дѣйствительности принадлежитъ С. В. Пахману (его извѣстная статья въ Ж. С.-Пб. юрид. общ. 1894 г.). Да знающій читатель и не станетъ въ тезисахъ И. М. Тютрюмова искать выраженій его личныхъ мнѣній—сборники Тютрюмова задаются цѣлью дать читателю существующій въ практикѣ и литературѣ матеріалъ безъ какого бы то ни было критическаго къ нему отношенія. Изъ промаховъ въ законѣ надо отмѣтить мнѣніе автора на 109—110 стр. о томъ, что будто бы законъ 14 іюня 1910 года «уничтожилъ въ принципѣ сословную вотчинную обособленность крестьянскаго населенія», между тѣмъ какъ надѣльныя земли, даже отрубныя, и теперь не крестьянамъ отчуждаться не могутъ. На стр. 177—181 авторъ даетъ образцы разныхъ прошеній по дѣлу объ утвержденіи права собственности по давности владѣнія въ охранительномъ порядкѣ. Тутъ (стр. 181) онъ считаетъ, что кассаціонная жалоба оплачивается гербовой маркой всего въ 75 коп., а не въ 1 р. 25 к., но зато разоряетъ просителя требованіемъ приложить еще одну гербовую марку въ 75 к. на оплату копіи опредѣленія Судебной Палаты, тогда какъ къ кассаціонной жалобѣ должна быть приложена засвидѣтельствованная самой палатой копія опредѣленія, уже оплаченная всякими сборами.

Digitized by Google

Къ недостаткамъ книги, также часто свойственнымъ вообще начинающимъ, надо отнести недостаточность систематизаціи, нѣкоторую безпорядочность въ передачѣ отдѣльныхъ случаевъ судебной практики по какому-либо вопросу, особенно характеренъ въ этомъ отношеніи перечень на стр. 56—57 перерыва и неперерыва давности. Впрочемъ, въ этомъ отношеніи жестоко повинны и такіе опытные и заслуженные цивилисты, какъ В. Л. Исаченко и И. М. Тютрюмовъ. Недостаткомъ систематизаціи объясняется и большая полемика нашего автора со многими писателями по вопросу о толкованіи ст. 563 зак. гр. Онъ доказываетъ, что, если межа совершенно стерлась и одинъ изъ сосѣдей фактически владѣетъ за своей межей, то такое владѣніе не поведетъ къ пріобрѣтенію права собственности. Вопросъ объ этомъ слѣдовало бы перенести въ разсмотрѣніе признака «въ видѣ собственности». Если я фактически владѣю за совершенно изсчезнувшей межей землей сосѣда, но признаю, что я владѣю только той землей, которая принадлежитъ мнѣ по крѣпостнымъ документамъ и признаю, что вся земля за межей не моя, то вопросъ будетъ рѣшаться въ духѣ автора самъ собою и не можетъ давать повода къ полемикѣ автора съ другими писателями. Зато здѣсь авторъ совершаетъ наибольшій промахъ, онъ совершенно забываетъ о томъ, что нашъ законъ о землеустройствѣ (ст. 63 т. X, ч. 3) воспрещаетъ пріобрѣтеніе по давности земель за межу. Дать толкованіе этой далеко не легкой для толкованія статьи входило въ прямую обязанность автора. Впрочемъ, авторъ не останавливается и на межахъ спеціальнаго межеванія. Изъ личныхъ воззрѣній автора стоитъ отмѣтить подниманіе имъ вновь, казалось бы, уже окончательно сданнаго въ архивъ, вопроса о непримѣнимости давности къ церковнымъ землямъ. Воззрѣнія автора не отличаются полною опредѣленностью, ему хочется сдѣлать церковныя земли не подлежащими давностному владѣнію. Онъ не считаетъ доводы Сената въ рѣшеніи 1902 года вполнѣ убѣдительными, допускаетъ тутъ даже прямую ошибку, говоря, что въ историческихъ справкахъ, приведенныхъ въ этомъ рѣшеніи, нѣтъ ни одного прямого указанія по существу дѣла (стран. 102). Между тѣмъ тамъ указывается рѣшеніе 31 октября 1834 года Государственнаго Совѣта, въ которомъ Государственный Совѣтъ положилъ десятилѣтнюю давность оставить въ своей силѣ и по дѣламъ о церковныхъ имѣніяхъ въ Имеретіи, ссылаясь на то, что общій законъ о давности распространяется на Грузію. Съ другой стороны авторъ считаетъ несправедливымъ и рѣшеніе № 2 1893 года, изымавшее церковныя земли отъ дѣйствія давности. Считая, что по ст. 446 тома IX церковныя земли давности не подлежатъ (стран. 106), онъ въ то же время

Digitized by Google

(стран. 101) желаетъ изданія разъясненія или законодательнаго или Сенатскаго, но только такого, которое коснулось бы только будущихъ захватовъ безъ обратной силы. Понятно, что такое разъясненіе вопреки мнѣнію автора возможно только для закона, а не судебной практики. Наибольшую оригинальность свою авторъ самъ указываетъ въ выписанномъ нами выше цѣликомъ заглавномъ листѣ книги. Отреченіе бывшаго собственника — таково основаніе института давности владѣнія. Здѣсь не мѣсто входить вообще въ вопросъ объ основаніи института давности — вопроса вообще методологически труднаго. Во всякомъ случаѣ рѣшеніе Сената № 42 1906 года справедливо было встрѣчено довольно враждебно въ нашей юридической литературѣ, именно за принятіе этого фиктивнаго отказа прежняго собственника за основаніе всего института. Во всякомъ случаѣ книга П. В. Поповича наглядно показываетъ, какъ далеко можетъ повести подобное основаніе, а нужно еще замѣтить, что логически можно бы пойти и еще дальше. Но и въ книгѣ Поповича основаніе это доводится уже до наглядна признанія его невѣрности. Достаточно указать на то, что по мнѣнію П. В. Поповича всякій (виндикаціонный) о данномъ имуществѣ искъ къ кому бы то ни было, а вовсе не къ самому только владѣльцу, безусловно препятствуетъ пріобрѣтенію права собственности по давности, «потому что собственникъ таковой защитой имѣнія проявилъ бы свое собственническое отношеніе къ имуществу (44). «Не совсѣмъ понятно, почему не дѣлаетъ П. В. Поповичъ подобнаго же указанія, когда онъ приводитъ примѣры, въ которыхъ Сенатъ отрицаетъ перерывъ давности (стран. 56), напр. когда исковое прошеніе возвращено по формальнымъ недостаткамъ, заочное рѣшеніе потеряло силу за пропускомъ трехъ лѣтъ и т. п. Вѣдь къ этимъ двумъ случаямъ фикція молчаливаго отказа собственника никакъ не примѣнима. Очень характеренъ еще, видимо, сочиненный самимъ авторомъ длинный примѣръ, который на непредубѣжденнаго читателя едва ли произведетъ впечатлѣніе «торжества справедливости». У сына, лица «плутовски» завладѣвшаго 1 сентября 1850 г. участкомъ земли сосѣда отбираетъ имѣніе, предъявившій искъ 31 августа 1912 года нѣкій Поповъ, купившій задавненный было участокъ у двоюроднаго брата племянника первоначальнаго собственника земли, на томъ основаніи, что племянникъ былъ несовершеннолѣтній, потомъ сошелъ съ ума, а двоюродный братъ племянника 20 августа 1912 года черезъ годъ и $11^1/_2$ мѣсяцевъ послѣ своего утвержденія въ правахъ наслѣдства совершилъ запродажную (не купчую!) Попову (146—149). Практическое примѣненіе авторомъ въ настоящей книгѣ «основанія» давности, защищав-

Digitized by Google

шагося имъ еще въ его брошюрѣ — Оправданіе давности и давностнаго владѣнія въ др. римскомъ правѣ. Варшава. 1911, ясно показываетъ несостоятельность этого основанія и этотъ отрицательный результатъ даетъ нѣкоторую научную цѣнность книгѣ, хотя какъ разъ не ту, въ которую вѣритъ самъ авторъ.

А. В. Завадскій.

Т. М. Яблочковъ. Профессоръ Демидовскаго Юридическаго Лицея. Новѣйшія узаконенія. Дополненіе къ 2-му изд. (1912 г.). Учебникъ гражданскаго судопроизводства. 1914 г. 1+43 стран.

Авторъ даетъ краткое и точное содержаніе всѣхъ процессуальныхъ законовъ, вышедшихъ послѣ появленія въ свѣтъ 2 изданія его учебника. Сначала излагается законъ о преобразованіи мѣстнаго суда съ принятіемъ во вниманіе закона о введеніи его въ дѣйствіе. Остальные законы расположены не въ хронологическомъ порядкѣ, а для удобства пользующихся Учебникомъ въ порядкѣ страницъ Учебника, къ которому они относятся. Изложены они однако такъ, что брошюрой можно пользоваться, какъ дополненіемъ и къ другимъ курсамъ. Соотвѣтственно цѣли Учебника брошюра эта не для судебныхъ практиковъ: она не даетъ детальнаго комментарія къ отдѣльнымъ постановленіямъ новаго закона и не останавливается на различныхъ трудностяхъ при толкованіи ихъ, но зато, нужно отдать справедливость составителю, даетъ все самое въ нихъ существенное. Краткая и ясная передача основного содержанія новыхъ законовъ, предназначенная для начинающихъ, и вполнѣ удавшаяся, снабжена мѣстами еще указаніями автора на политико-правовое значеніе того или другого нововведенія. Все это дѣлаетъ брошюру Т. М. Яблочкова цѣннымъ подаркомъ для приступающихъ къ изученію гражданскаго процесса, такъ какъ обиліе новыхъ законовъ за послѣдніе два года сдѣлало всѣ учебники устарѣвшими по фактическому матеріалу[1]) — самый полный и новѣйшій изъ нихъ проф. А. Х. Гольмстена 5-го изданія вышелъ до появленія закона о введеніи въ дѣйствіе закона о мѣстномъ судѣ. Изъ мелочныхъ недостатковъ могу отмѣтить только два. На стран. 36 авторъ дополняетъ 61-ю страницу своего учебника изложеніемъ постановленія закона 28 іюня 1912 года о вознагражденіи пострадавшихъ

---

[1]) Ср. мой очеркъ въ «Вѣстн. Гражд. пр.» 1913 г., №№ 6 и 7.

Digitized by Google

вслѣдствіе несчастныхъ случаевъ служащихъ, мастеровыхъ и рабочихъ на желѣзныхъ дорогахъ, дающаго земскимъ начальникамъ, городскимъ, мировымъ и гминнымъ судьямъ право назначать несовершеннолѣтнимъ особыхъ для даннаго случая опекуновъ и прибавляетъ: «это правило установлено спеціально для ж.-д. дѣлъ, начинаемыхъ по ст. 683, т. X, п. I. (въ новой редакціи), т.-е. по «дѣламъ увѣчнымъ» и касается спеціально лишь до ж.-д. служащихъ, мастеровыхъ и рабочихъ». Тутъ слѣдовало бы отмѣтить, что аналогичное правило установлено и новымъ закономъ о страхованіи рабочихъ 23 іюня 1912 года, ст. 59 Положенія. На стран. 8—9 слишкомъ кратко изложена компетенція волостныхъ судовъ, не упомянуто напр. объ изъятіи изъ ихъ вѣдѣнія исковъ, основанныхъ на крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и засвидѣтельствованныхъ установленнымъ порядкомъ актахъ (ст. 55, п. 2), а главное компетенція ихъ по наслѣдственнымъ дѣламъ передана такъ, что читающій можетъ вывести заключеніе, что волостнымъ судамъ подвѣдомы не только охранительныя, но и спорныя дѣла по наслѣдованію: «безъ ограниченія суммы подчинены волостному суду и дѣла по наслѣдованію и по раздѣлу крестьянскаго надѣла или его принадлежности (п. 5, ст. 54)»; между тѣмъ какъ въ этомъ п. 5, ст. 54 послѣ словъ дѣла по наслѣдованію стоитъ «кромѣ исковыхъ».

А. В. Завадскій.

Законы гражданскіе. Практическій и теоретическій комментарій. Подъ редакціей А. Э. Вормса и В. Б. Ельяшевича. Выпускъ II-ой (ст. 383—441).

Вышедшій съ нѣкоторымъ опозданіемъ вып. 2-й рец. «Комментарія» сугубо вознаградилъ подписчиковъ этого прекраснаго изданія за то ожиданіе, которое было вызвано замедленіемъ въ выходѣ этого выпуска. Печать серьезно обдуманнаго неспѣшнаго труда лежитъ на этомъ предпріятіи.

Вып. 2-й обнимаетъ ст. 383—441 т. X ч. I. Большая часть книги (около 240 стран. изъ 383) обязана сотрудничеству профессора В. Б. Ельяшевича, затѣмъ — Д. С. Розенблюма (около 50 стран.), А. Э. Вормса (около 40 стран.).

Стремленіе редакторовъ этого изданія распредѣлить матеріалъ между спеціалистами соотвѣтствующихъ отдѣловъ права привело къ такому дробленію сотрудничества, что комментированіе даже отдѣльныхъ статей изъ общей группы статей (ст. 400, бар. А. Нольде)

Digitized by Google

и даже отдѣльныхъ пп. одной статьи (ст. 414, п. 2: г. Выставкинъ; ч. 2, ст.430: проф. бар. А. Нольде) распредѣлено между отдѣльными сотрудниками-спеціалистами.

Прочіе сотрудники вып. 2-го: бар. А. Нольде, бар. Б. Нольде, С. І. Добринъ, В. Выставкинъ, І. Веселаго и С. Левинъ, — комментировавшіе единичныя статьи и даже пп. отд. статей,— поддерживаютъ ансамбль, и сохраняютъ «Комментарій» на томъ весьма высокомъ уровнѣ научнаго достоинства, которое придано этому изданію его редакторами.

Реферировать все то сильное и хорошее, что даетъ вып. 2-й «Зак. Гражд.», — значило бы доложить изъ страницы въ страницу содержаніе всей рецензируемой книги. Сколько распутанныхъ контроверзъ, сколько критическихъ замѣчаній, наголову разбивающихъ сенатскую практику, — и все это при безукоризненной ясности слога и исчерпывающей полнотѣ законодательнаго и судебнаго матеріала!

Нельзя особо не отмѣтить интереснѣйшее изслѣдованіе профессора Ельяшевича о содержаніи права собственности на нѣдра земли и юридической природѣ договора уступки этого права третьему лицу. Убѣдительно доказываетъ авторъ, что «право разработки ископаемыхъ есть вещное право присвоенія ихъ». «Непосредственнаго права собственности на ископаемыя ни собственникъ земли, ни другой обладатель права разработки не имѣетъ. Какъ тотъ, такъ и другой пріобрѣтаютъ право собственности на ископаемыя лишь послѣ выдѣленія ихъ изъ земли. Кто безъ права на то копаетъ на чужой землѣ, совершаетъ не кражу чужихъ вещей, а деликтъ sui generis» (стран. 300). (ср. стран. 36—38: продажа «нѣдръ земли» не есть купля-продажа движимостей, а — аренда недвижимости).

Въ связи съ этимъ, авторъ мастерски анализируетъ и вводитъ въ «numerus clausus» вещныхъ правъ нашего отечественнаго права: «вещное право присвоенія» (стран. 300 — нѣдры земли; стран. 308 — дичь; стран. 307 — рыбная ловля). Право присвоенія не примѣнимо къ недвижимости (стран. 181).

Животрепещущій интересъ имѣетъ для русскаго практика изложеніе практики и анализъ тѣхъ отношеній, которыя рождаются лѣсорубочными договорами (стран. 23—33, 263 сл.). Сенатъ учитъ, что право собственности на лѣсъ возникаетъ у покупщика лишь послѣ отдѣленія лѣса отъ земли. Авторъ замѣчаетъ: «Пріобрѣтаетъ ли онъ это право собственности уже съ момента отдѣленія, какъ можно было бы заключить изъ буквальнаго смысла словъ Сената..., или для этого требуется, чтобы лѣсъ поступилъ

Digitized by Google

во владѣніе покупщика — рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ того, какъ смотрѣть на куплю-продажу русскаго права: считать ли, что у насъ для перехода собственности при куплѣ-продажѣ достаточно одного соглашенія, или требовать для этого и передачи покупщику владѣнія» (стран. 27). Мы лично полагаемъ, что вопросъ о соглашеніи или «traditio» въ области купли-продажи движимости, разрѣшаемый тамъ въ смыслѣ различенія вещей на «species» и «genus», не имѣетъ значенія въ области лѣсорубочнаго договора, ибо разъ продается данный, индивидуально-опредѣленный лѣсъ,— мы уже имѣемъ то, что для genus означаетъ «traditio», т.-е. окончательную и полную индивидуализацію предмета продажи. Съ этой точки зрѣнія, нѣтъ необходимости въ поступленіи лѣса во владѣніе покупщика. Но нѣтъ необходимости и въ «отдѣленіи» лѣса (вѣдь, не о правѣ присвоенія здѣсь идетъ рѣчь!).

Для опредѣленія грани между обязательственнымъ и вещнымъ моментами, важно не отдѣленіе лѣса, а — иной, болѣе ранній моментъ, — осуществленъ ли договоръ продавцомъ лѣса, т.-е. допустилъ ли онъ своего контрагента водвориться въ лѣсу, въ цѣляхъ приступить къ рубкѣ[1]). Ждать еще дальнѣйшихъ дѣйствій отъ продавца нечего, ибо къ большему онъ не обязанъ. Не онъ будетъ «отдѣлять» лѣсъ, не онъ будетъ его передавать. Если его сторожа еще и присутствуютъ въ лѣсѣ для надзора, чтобы рубились напримѣръ только условленныя деревья, — то это не имѣетъ большаго значенія, какъ (не имѣющій юридическаго значенія) контроль, чтобы покупатель не стащилъ того, что ему не принадлежитъ. Если и выговаривается часто, что штабели дровъ не могутъ быть вывезены изъ лѣса до того момента, какъ будетъ произведенъ соотвѣтствующій срочный платежъ, или выговаривается на этотъ случай право продавца отобрать лѣсъ, то это — лишь способъ обезпеченія интересовъ продавца, и чѣмъ болѣе они радикальны, тѣмъ болѣе ясно для насъ, что и по мысли самого продавца, безъ этихъ добавочныхъ условій, лѣсъ долженъ былъ отойти отъ него безвозвратно.

На стран. 49—51 проф. Ельяшевичъ искусно изобразилъ и распуталъ запутанную судебную практику, которая на почвѣ толкованія ст. 386—399 т. X, ч. I проводитъ различіе между **«составными частями» и «принадлежностными вещами»**. Выводъ автора: исходный моментъ въ ученіи о составныхъ частяхъ — физическая, органическая или механическая связь. «Составной

---

[1]) Того же мнѣнія держится Д. М. Мейчикъ, «Вѣстникъ Права» 1913 г., № 45 сл.

Digitized by Google

частью будетъ все то, удаленіе чего будетъ разсматриваться въ оборотѣ, какъ поврежденіе вещи или превратитъ эту вещь въ глазахъ оборота въ другую» (стран. 50).

Мы лично полагаемъ, что, разъ въ этомъ вопросѣ мы опираемся, не столько на постановленіяхъ закона, какъ на общія данныя теоріи, то мы можемъ принять иную концепцію этого понятія.

Вспомнимъ, что римскіе юристы, поднимая вопросъ: что должно считать за составную часть вещи, выставили ученіе объ идеѣ или «понятіи» вещи. Составная часть та, которая необходима для составленія понятія дома или корабля (domus, navis — излюбленные примѣры римскихъ юристовъ). Рѣшающій критерій здѣсь— въ «perpetuum usus» (Zweckbestimmung)[1]) Ulpianus. l. 139 § 1 D.50. 16: «perfecisse aedificium ist videtur, qui ita consummavit (=кто произвелъ все необходимое такъ, что), ut jam in usu esse possit». Физическая связанность сама по себѣ вовсе не необходима, если этого не требуетъ «perpetuus usus». И, съ другой стороны, тѣсная физическая связанность не дѣлаетъ часть составной. Украшенія напримѣръ не суть составныя части (исключенія — фрески). Одна и та же вещь можетъ быть при однихъ условіяхъ — pars aedis, въ другихъ условіяхъ — не быть ей. Напр. «dolia» (винныя бочки) не служатъ perpetuus usus aedificii, и, наоборотъ, — служатъ, если находятся въ винныхъ погребахъ. Философы учатъ, что даже только замкнутое въ «animus» соорудителя (напр. navis) понятіе можетъ считаться за реальность. Это заимствуютъ юристы: взаимная связанность частей обусловливаетъ и опредѣляетъ понятіе вещи. Не надо смотрѣть на большую или меньшую связь физическую и механическую камней и балокъ и проч. Взаимная связанность частей, несмотря на ихъ физическое расторженіе, можетъ сама поддержать понятіе, идею вещи. Несмотря на то, что доски и балки корабля разобраны, они продолжаютъ оставаться его составными частями, сколь долго въ «mens», «animus» собственника, понятіе конкретной вещи продолжаетъ оставаться реальнымъ. Лишь, если домъ разрушенъ до основанія, до земли, если разрушенъ киль корабля, — понятіе не можетъ уже опираться ни на что конкретное и разрѣшается въ абстракцію.

Итакъ, «aedium multa esse, quae aedibus adfixa non sunt» (Ulp. l. 17 pr. Д. 19. 1). «Ea, quae ex aedificio detracta sunt ut reponantur, aedificii sunt» (l. 17 § 10 Д. 19. 1).

Ученіе о составныхъ частяхъ въ настоящее время во многихъ отношеніяхъ разошлось съ ученіемъ римскаго права. Современный

---

[1]) Sokolowsky, Die Philosophie im Privatrecht. Bd. I, §§ 16—23.

Digitized by Google

юристъ не хочетъ знать, чтобы «понятіе» дома по разрушеніи его сохранялось въ «animus dominii». Метафизическія доктрины замѣнились реальнымъ положеніемъ дѣла и воззрѣніями оборота. Но и для современнаго права можно вполнѣ сохранить концепцію составной части, какъ вещи необходимой для «perfectio rei», «perpetuus usus» rei. Нелогично требовать для наличности «составной части», чтобы вещь была «прочно связана» съ почвой или строеньемъ (§ 94 B. G. B.), или физическую связь, при которой она не можетъ быть отдѣлена отъ другой вещи безъ разрушенія или измѣненія въ своей сущности одной изъ нихъ (§ 93 B. G. B.). Вѣдь, не скрѣпы, не гвозди соединяютъ вещи и дѣлаютъ ихъ составными частями дома, а понятіе послѣдняго. Замѣтимъ, что даже B. G. B., въ полномъ согласіи съ римскими ученіями, требуетъ для «perfectio rei» — «perpetuus usus». § 95: «Вещи, связанныя съ строеніемъ лишь для преходящихъ цѣлей, не признаются составными его частями».

Возвращаясь къ прекраснымъ страницамъ комментарія проф. Ельяшевича, замѣтимъ, что авторъ вовсе не придаетъ значенія одной физической связи. Онъ говоритъ (стран. 50) о «воззрѣніяхъ оборота», о томъ, что предметы не должны быть связаны лишь «случайно, ради преходящей цѣли» (стран. 51), имѣя, очевидно, въ виду § 95 B. G. B.

На стран. 65 проф. Ельяшевичъ даетъ такое опредѣленіе понятія принадлежности: «Всѣ движимыя вещи, поставленныя на службу данному земельному участку, предназначенныя для той же хозяйственной цѣли, что и участокъ, должны быть разсматриваемы, какъ вещи, принадлежностныя къ участку. Поэтому и сельскохозяйственный инвентарь ... есть и по дѣйствующему русскому праву принадлежность».

Однако, такое толкованіе слишкомъ смѣло. Оно наталкивается на ст. 401 т. X ч. I, причисляющую с.-х. инвентарь къ самостоятельнымъ движимымъ имуществамъ. Проф. Ельяшевичъ опровергаетъ силу этого возраженія указаніемъ на «необходимость подчеркнуть (въ ст. 401), что эти предметы сохраняютъ, несмотря на хозяйственную связь съ недвижимостью, свое свойство движимаго имущества» (стран. 137). Но указъ 11 октября 1762 г. (11681), показанный въ числѣ источниковъ стт. 388 и 401, говоря, что с.-х. инвентарь надлежитъ «почитать движимымъ имуществомъ», прибавляетъ: «...и раздѣлы онымъ чинить, какъ о движимыхъ имѣніяхъ узаконено», указывая тѣмъ самымъ и цѣль трактовки этихъ имуществъ, въ качествѣ движимости.

На стран. 106—113 проф. Ельяшевичъ настаиваетъ на томъ, что противоположеніе имуществъ благопріобрѣтенныхъ и родо-

Digitized by Google

выхъ является въ русскомъ правѣ исчерпывающимъ: «оно охватываетъ всѣ имущества» (стран. 108).

Мы считаемъ нужнымъ замѣтить, что авторъ упустилъ изъ виду еще третью категорію имуществъ: имущества благонажитыя («пріобрѣтенныя самими владѣльцами»). Юристы-практики, судебныя установленія во главѣ съ Сенатомъ, ученые изслѣдователи (Чебышевъ-Дмитріевъ, Оршанскій, Апненковъ, Побѣдоносцевъ и др.) выдвигаютъ эту особую категорію имуществъ и, въ предѣлахъ ст. 1141 т. X, ч. I, проводятъ различіе между имѣніями благопріобрѣтенными и благонажитыми.

Такого рода юриспруденція, по нашему мнѣнію, неправильна и покоится, какъ нами доказано (см. нашу статью въ «Вопросахъ Права» 1911 г., № 3, стран. 107—131), на игнорированіи всѣхъ установленныхъ наукою герменевтики правилъ. Но разъ эта категорія имуществъ извѣстна русской юриспруденціи, авторъ, думается намъ, долженъ былъ считаться съ этимъ ученіемъ, ибо съ принятіемъ этого послѣдняго связаны важныя юридическія послѣдствія въ области наслѣдованія[1]).

На стран. 154 проф. Ельяшевичъ говоритъ о значеніи иностранныхъ денегъ. «Онѣ лишены главнаго легальнаго признака денегъ — не являются законнымъ средствомъ платежа. Счетъ на иностранную монету во всѣхъ внутреннихъ сдѣлкахъ вовсе запрещается» (ст. 1542; ср. ст. 3 Общ. Уст. счетн.). Было бы умѣстно принять въ соображеніе К. Р. 1912, № 61. Здѣсь вопросъ: «допустимъ ли протестъ векселей, писанныхъ въ Россіи на иностранную валюту на имя лицъ, проживающихъ за границею, но съ назначеніемъ мѣста платежа въ предѣлахъ Имперіи?» — Сенатъ разрѣшилъ утвердительно. Была бы умѣстна и критика этого К. Р., съ точки зрѣнія стт. 1540, 1542 т. X, ч. I и ст. 46 Уст. о векс.

Превосходно и съ исчерпывающей полнотой написанъ проф. Ельяшевичемъ комментарій къ стт. 420—421 т. X, ч. I о сущности права собственности. Мы можемъ только отмѣтить кажущуюся намъ неточность на стран. 281. Однимъ изъ признаковъ права собственности авторъ выдвигаетъ «вѣчность и потомственность», при чемъ опредѣляетъ это понятіе такъ: «вѣчность и потомственность права означаетъ, что нашъ законъ не признаетъ временнаго, срочнаго права собственности». Надо было бы точнѣе сказать, что наше право не знаетъ конструкціи права собственности, точно

---

[1]) Укажемъ, кстати, на случайную погрѣшность на стран. 110: «возможности завѣщать родовое имѣніе одному (?!) изъ нисходящихъ помимо остальныхъ» (зак. 3 іюня 1912 г.). На стран. 126 мысль закона изложена вѣрно.

Digitized by Google

заранѣе ограниченнаго предѣлами жизни извѣстнаго лица. Дѣло, значитъ, не въ «срочности» права собственности, а въ полномочіи опредѣлить по своему усмотрѣнію (законнымъ или завѣщательнымъ преемствомъ) судьбу имущества за предѣлами своей жизни. Въ этомъ послѣднемъ полномочіи — вѣнецъ «вѣчнаго и потомственнаго владѣнія».

Похвально для рецензируемаго изданія то, что представлено и частное международное право, разработка коего поручена проф. бар. Б. Э. Нольде. Его статья: «Вещныя правоотношенія въ международномъ правѣ» (стран. 264—273), обнимающая 1) «Столкновеніе русскаго права и права иностранныхъ государствъ», 2) «Столкновеніе россійскаго общаго и мѣстныхъ правъ», — не оставляетъ желать ничего лучшаго, въ смыслѣ ясности изложенія. Мы хотѣли бы только сдѣлать слѣдующія замѣчанія. Авторъ настаиваетъ: «Вещныя правоотношенія по поводу недвижимостей, находящихся въ Россіи, подчиняются дѣйствію русскаго закона», но въ своей мотивировкѣ упускаетъ главныя статьи: ст. 915 т. X, ч. I и ст. 1281 Уст. Гражд. Судопр. Самъ тезисъ правиленъ, но изложеніе не полно. Надлежитъ вспомнить, что въ Батумской области, въ силу Константинопольскаго трактата, обезпечивающаго населенію этой области всѣ тѣ права, которыми оно пользовалось при турецкомъ владычествѣ, дѣйствуютъ турецкіе законы о землепользованіи и владѣніи. Тамъ даже къ землямъ, состоящимъ въ собственности казны, примѣнима, напр., «эразі-міріе», т.-е. чисто турецкій институтъ. И въ К. Р. 1912, № 115, Сенатъ призналъ, что поземельныя права мѣстныхъ жителей Батумской области подлежатъ обсужденію на основаніи законовъ не Россійской, а Турецкой имперіи, и въ частности, къ этимъ землямъ непримѣнимы законы о давности, неизвѣстные турецкому законодательству.

Конечно, это — мелочь. Но въ такомъ полномъ трудѣ, какъ рец. Комментарій, и этой мелочи должно быть уготовано мѣсто.

Статьи А. Э. Вормса, Объ имуществахъ, принадлежащихъ разнымъ установленіямъ (ст. 413 сл.), и Д. С. Розенблюма, Право участія общаго (стран. 336—383), и въ особенности его критика сенатской практики объ юридическомъ положеніи побережья Чернаго и Азовскаго морей — безупречны во всѣхъ отношеніяхъ.

Въ заключеніе намъ остается пожелать, чтобы то доброе дѣло, которое предпринято иждивеніемъ З. М. Зильберберга и выполняется съ такою безукоризненной добросовѣстностью редакторами Комментарія, было довершено до конца. Уже теперь каждый вновь вышедшій выпускъ — праздникъ въ юридическихъ кругахъ.

Digitized by Google

Когда же завершится весь предпринятый трудъ, мы будемъ имѣть въ русской литературѣ такой комментарій, равнаго которому, по оригинальности замысла, трудности и тщательности выполненія, не имѣется, насколько намъ извѣстно, даже на Западѣ.

Т. М. Яблочковъ.

Проф. А. Х. Гольмстенъ. Юридическія изслѣдованія и статьи. Томъ второй. С.-Пб. 1913. Стран. 6+467.

31 мая 1913 года должно считать моментомъ появленія въ свѣтъ второго тома «Юридическихъ изслѣдованій и статей» профессора А. Х. Гольмстена. Такую дату указываетъ самъ авторъ въ предисловіи къ книгѣ. Въ этомъ указаніи нельзя не видѣть желанія его пріурочить выпускъ новаго тома собранія своихъ трудовъ къ исполнившемуся именно въ этотъ день сорокалѣтію учено-литературной его дѣятельности. Этой книгѣ, такимъ образомъ, самъ авторъ придаетъ значеніе пересмотра своихъ трудовъ за прошлое время. Пересмотръ не охватываетъ, однако, всѣхъ сорока лѣтъ, но лишь половину. Труды за первое двадцатилѣтіе собраны были еще въ 1894 году[1]); книга эта и составляетъ первый томъ по отношенію къ нынѣ выпущенному второму. Оба тома не представляютъ, засимъ, полнаго итога за каждый изъ охватываемыхъ ими періодовъ учено-литературной дѣятельности автора. Сводка матеріаловъ, касающихся ея, произведенная въ маѣ мѣсяцѣ настоящаго года, указываетъ массу работъ, не включенныхъ авторомъ въ два изданныхъ тома[2]). Среди этихъ отдѣльно стоящихъ трудовъ есть такіе общеизвѣстные, какъ учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства и дополненія къ Русскому гражданскому праву Д. И. Мейера. Появившіяся до сихъ поръ пять изданій Учебника представляютъ все болѣе и болѣе развивающуюся стройно-логическую систему процессуальнаго права, въ основу которой положены понятіе о процессѣ какъ юридическомъ отношеніи и принципъ тождества въ гражданскомъ процессѣ, выдвинутый и спеціально изслѣдованный нашимъ авторомъ.

Въ первомъ томѣ были собраны работы, раздѣленныя авторомъ на пять категорій: по общей теоріи права, по праву обычному, гражданскому, торговому и по гражданскому процессу. Въ этомъ томѣ помѣщено было свыше 20 работъ. Наибольшее мѣсто среди

---

[1]) Юридическія изслѣдованія и статьи, X+II+533, С.-Пб., 1894.
[2]) См. мою брошюру «Проф. А. Х. Гольмстенъ», С.-Пб., 1913, стран. 14—21.

Digitized by Google

нихъ запялп двѣ диссертаціи: о душеприказчикахъ (стр. 105—216) и принципъ тождества въ гражданскомъ процессѣ (стр. 251—381). Работы по гражданскому процессу заняли почти двѣ трети книги.

Въ нынѣ вышедшемъ второмъ томѣ «Юридическихъ изслѣдованій и статей» нѣтъ прежняго раздѣленія по спеціальностямъ. Книга объемомъ въ 467 страницъ заключаетъ въ себѣ 14 работъ. Изъ нихъ половину составляютъ труды, относящіеся непосредственно къ гражданскому праву и процессу. Вторая половина по числу статей (стр. 407—467) отведена работамъ біографическаго характера, но также по преимуществу относящимся къ тѣмъ же научнымъ областямъ.

Первое мѣсто въ новомъ томѣ по справедливости отведено «Ученію о правѣ кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ, въ современной цивилистической литературѣ». Работа на эту тему появилась въ видѣ отдѣльной книги еще въ 1894 году. Книга эта давно уже стала библіографическою рѣдкостью. Между тѣмъ значенія своего для науки она не утеряла и до настоящаго времени. Не принимая на себя всесторонней разработки института, извѣстнаго подъ именемъ «actio Pauliana», авторъ при изслѣдованіи ограничивается лишь научно-литературнымъ матеріаломъ, иначе говоря, теоріями, до него предложенными, не обойдясь, впрочемъ, безъ обращенія какъ къ римскому праву, такъ и къ современнымъ законодательствамъ. Основной вопросъ, къ рѣшенію котораго стремится авторъ, заключается въ томъ, какъ объяснить съ юридической точки зрѣнія вмѣшательство неучаствовавшаго въ сдѣлкѣ лица въ дѣло заключенія ея, иначе говоря, — на чемъ основывается и когда существуетъ право кредитора опровергать сдѣлку, совершенную его должникомъ съ третьимъ лицомъ? Пеструю массу ученій объ основаніи такого права авторъ сводитъ къ тремъ теоріямъ: деликтной, теоріи исключительной охраны интересовъ кредиторовъ и теоріи исполнительной силы судебнаго рѣшенія. Суровый приговоръ автора надъ деликтной теоріею вызвалъ въ свое время возраженія со стороны проф. Д. Д. Гримма; въ нынѣшнемъ изданіи своей работы авторъ рѣшительно отвергаетъ эти возраженія. Съ прежнимъ осужденіемъ относится онъ и къ двумъ остальнымъ группамъ ученій. Отвергнувъ чужія конструкціи, авторъ предлагаетъ свою, именуя ее теоріею судебно-залоговою. Противъ нея въ свое время высказывались проф. Д. Д. Гриммъ и Е. В. Васьковскій[1]). Отвѣтъ на сдѣланныя ими замѣчанія авторъ ввелъ въ пространныя примѣчанія нынѣшняго

[1]) «Журн. Юрид. Общества» 1894, кн. 5, стран. 12 сл.; «Журн. Министерства Юстиціи», 1895, кн. 5, стран. 191 сл.

Digitized by Google

изданія своей работы въ составѣ II тома «Юридическихъ изслѣдованій». Въ этихъ полемическихъ частяхъ заключается элементъ, отличающій это изданіе работы объ actio Pauliana отъ первоначальнаго. Основъ теоріи онѣ не измѣняютъ, но лишь подчеркиваютъ настоятельность убѣжденія автора въ правильности ея. Основаніемъ права кредитора опровергать акты должника, по объясненію автора, является нарушеніе должникомъ права судебнаго залога, принадлежащаго взыскателю. Устанавливается это залоговое право рѣшеніемъ суда по иску кредитора. Отъ момента установленія оно имѣетъ обратную силу къ моменту совершенія опровергаемаго акта; оно предполагается уже существовавшимъ въ моментъ совершенія акта и самый актъ — совершеннымъ въ нарушеніе его. Это, — прямо говоритъ авторъ, — несомнѣнно, фикція. Въ отвѣтъ на возраженія по этому поводу, сдѣланныя въ литературѣ авторъ въ нынѣшнемъ изданіи, заявляетъ себя убѣжденнымъ сторонникомъ фикціи; онъ энергично настаиваетъ на примѣнимости здѣсь фикціи, по которой извѣстное обстоятельство разсматривается какъ совершившееся не тогда, когда дѣйствительно совершилось, а ранѣе того, т.-е. когда оно еще не совершилось. При actio Pauliana, — объясняетъ онъ, — судебный залогъ установленъ сегодня, а разсматривается онъ какъ установленный непосредственно передъ совершеніемъ акта in fraudem creditorum. Такая ретроактивность установленія судебнаго залога понадобилась автору для того, чтобы поставить кредитора въ такое же положеніе, въ какомъ находятся лица, пріобрѣвшія имущество отъ должника уже послѣ установленія права судебнаго залога. Иными словами авторъ указываетъ, что и раньше того времени, какъ будетъ уваженъ искъ кредитора объ опроверженіи сдѣлки его должника съ третьимъ лицомъ, существуетъ уже право на таковое опроверженіе; въ ожиданіи будущаго судебнаго подтвержденія уже принимается подъ судебную защиту тотъ кредиторъ, in fraudem котораго учинена сдѣлка его должникомъ. Но такимъ путемъ конструкція А. Х. Гольмстена, несмотря на упреки, ею вызывавшіяся, приноситъ свою пользу: она указываетъ то направленіе, по которому должно итти изслѣдованіе проблемы, имъ освѣщенной; она говоритъ о необходимости считаться съ существованіемъ права, ограждаемаго уже въ настоящій моментъ изъ-за того лишь, что въ будущемъ ожидается окончательное сформированіе этого права. Это одинъ изъ тѣхъ случаевъ, которые дѣлаютъ практически важнымъ тщательное изслѣдованіе понятія «Wartrecht»; несмотря на труды, въ этомъ направленіи совершенные, — въ томъ числѣ и докторомъ Гейдельбергскаго Университета Г. А. Семекою-Максимовичемъ, нынѣ Приватъ-Доцентомъ Харьковскаго Универ-

Digitized by Google

ситета[1]), — это понятіе едва ли начало выходить изъ области чисто теоретической въ практику освѣщенія больныхъ вопросовъ юриспруденціи. Къ числу ихъ нельзя не отнести и вопросъ объ основаніи права кредитора опровергать сдѣлки должника. Фикція не разъ обнаруживала свою цѣлесообразность. Не есть ли это лишь одна изъ тѣхъ временныхъ мѣръ, къ которымъ обращаются впредь до выработки постояннаго положенія? А мѣры эти какъ извѣстно, бываютъ нерѣдко и очень живучи. Пусть фикція судебнаго залога и вызываетъ нареканія противъ себя, какъ конструкціи, покоящейся на несуществующемъ фундаментѣ и поддерживаемой вымышленными подпорами. Но это не отнимаетъ у нея научнаго значенія. Теорія судебнаго залога есть указатель правильнаго пути для дальнѣйшаго изслѣдованія и погасительный крестъ надъ тѣми поисками, которые до нея производились.

Не согласившись съ правильностью чужихъ ученій и съ критикою своего, оставаясь и въ этомъ новомъ изданіи работы при прежней своей теоріи, авторъ засимъ изслѣдуетъ цѣлый рядъ вопросовъ, возникающихъ при опроверженіи кредиторомъ сдѣлокъ должника и по поводу этого опроверженія. Нѣтъ надобности теперь, отмѣчая появленіе второго изданія этой работы, описывать и разбирать содержаніе ея. Въ свое время это было сдѣлано въ двухъ уже указанныхъ рецензіяхъ. Въ свое время за этимъ трудомъ уже было признано крупное научное значеніе «цѣнной пищи мысли»; оцѣнивалась работа какъ заслуживающая полнаго вниманія, подвинувшая впередъ ученіе, которому она посвящена, выведшая его на теоретически правильный и практически удобный путь. Двадцать лѣтъ, — приходится констатировать, — не сдѣлали эту работу излишнею и даже старою. Новое опубликованіе работы объ опроверженіи кредиторомъ сдѣлокъ должника является очень цѣннымъ. Въ пыли времени она не должна оставаться. Польза науки и практики требуетъ вниманія къ этой работѣ. Второй томъ «Юридическихъ изслѣдованій и статей» А. Х. Гольмстена, заключающій ее въ себѣ, уже по одному этому долженъ быть отмѣченъ какъ желанное явленіе въ нашей литературѣ. Но это лишь первое, что даетъ право интересоваться новою книгою. Цѣнно засимъ и дальнѣйшее ея содержаніе.

Слѣдуя порядку, въ ней указанному, отмѣтимъ прежде всего статью «Опытъ построенія общаго ученія о правѣ регресса» (стр. 157—186). Право регресса представляетъ полную свѣжесть новизны какъ предметъ изслѣдованія; даже богатая германская литература не разработала общаго ученія объ этомъ; высказывалось

[1]) См. «Вѣстникъ Гражд. права», 1913, кн. 3, стран. 134.

Digitized by Google

даже воззрѣніе, что регрессъ нельзя изобразить какъ единый юридическій институтъ, что одинаково лишь наименованіе, основаніе же и послѣдствія его въ различныхъ случаяхъ различны; проф. Эккъ, высказавшій такой взглядъ, насчиталъ четыре такихъ случая. Съ этимъ мнѣніемъ проф. А. Х. Гольмстенъ не согласился; онъ взялъ на себя задачу построить общее понятіе о правѣ регресса. Этотъ «опытъ построенія» помѣщенъ былъ впервые въ «Журналѣ Министерства Юстиціи» (1911 г.). Всѣ случаи регресса сводитъ онъ въ три категоріи. Къ первой относитъ онъ тѣ случаи, когда нѣкоторая сумма уплачена регредіентомъ третьему лицу за счетъ регрессата и потому должна быть возвращена первому; одинъ изъ нѣсколькихъ случаевъ, сюда относящихся, представляетъ, напримѣръ, регрессъ поручителя къ должнику, за счетъ котораго онъ уплатилъ кредитору. Во вторую категорію ставитъ авторъ случаи, когда сумма получена регрессатомъ отъ третьяго лица за счетъ регредіента, а потому должна быть выдана послѣднему; сюда отнесенъ, напримѣръ, регрессъ солидарныхъ сокредиторовъ къ тому изъ нихъ, кто получилъ долгъ за счетъ остальныхъ. Наконецъ, третья группа образуется изъ тѣхъ случаевъ, когда уплаченная сумма подлежитъ возврату регрессатомъ регредіенту вслѣдствіе совершенія третьимъ лицомъ дѣйствія, аннулирующаго исполненіе регрессатомъ главнаго обязательства; примѣръ этой группы — то право регресса, которое пріобрѣтаетъ покупщикъ къ продавцу (evictio), когда вступщикъ докажетъ свое право собственности. Произведя такую систематизацію случаевъ регресса, авторъ доказываетъ, что каждый изъ нихъ, какъ бы своеобразенъ ни былъ, содержитъ въ себѣ общіе признаки. Такихъ признаковъ усматриваетъ онъ четыре. Каждый изъ нихъ подвергаетъ онъ тщательной характеристикѣ, оправдывающей включеніе всѣхъ ихъ въ опредѣленіе общаго понятія. Собравъ воедино характерныя черты и создавъ такимъ путемъ общее опредѣленіе, авторъ засимъ подвергаетъ разсмотрѣнію отдѣльные моменты жизни права регресса: его возникновеніе, бытіе, осуществленіе, охраненіе и прекращеніе. Отъ вдумчивѣйшаго анализа отдѣльныхъ случаевъ поднялся авторъ до широкаго обобщенія, произвелъ тончайшую работу юридическаго мышленія. Богатство матеріала и полетъ мысли, его охватившей, нашли себѣ выраженіе лишь въ «сжатомъ очеркѣ». Бо̀льшій просторъ изображенія здѣсь былъ, однако, прямо необходимъ; онъ облегчилъ бы для читателя возможность слѣдить за мыслью автора по мѣрѣ ея развитія. Проникнуть же въ пути его изслѣдованія является, — нельзя не отмѣтить, — дѣломъ большого труда. Происходитъ это вслѣдствіе метода построенія работы. Авторъ не ве-

Digitized by Google

детъ своего читателя за собою, а заставляетъ его сразу подняться въ ту высь, до которой самъ авторъ, конечно, шелъ долгимъ и медленнымъ ходомъ мысли. Съ первыхъ же строкъ изображается выводъ автора и только послѣ того слѣдуетъ вразумленіе въ правильности и значеніи вывода. Въ работѣ о «регрессѣ» нашъ маститый авторъ повторилъ пріемъ изображенія, хорошо припоминающійся каждому, кто изучалъ другой ему же принадлежащій трудъ «Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства». Съ первой же страницы предлагается усвоить идею: «гражданскій процессъ есть юридическое отношеніе...». Но какъ дошелъ авторъ до этой мысли, своему читателю онъ не показываетъ, не предоставляетъ ему проникнуться этою мыслью тѣмъ же путемъ, какимъ самъ дошелъ до нея.

Можно отъ души пожелать автору, чтобы то, что дано въ «сжатомъ очеркѣ» о регрессѣ, имъ же самимъ было обращено въ подробное изслѣдованіе, которое сдѣлало бы доступными болѣе широкому кругу читателей цѣнные результаты работы автора. Это желательно въ интересахъ привлеченія новыхъ изслѣдователей на почву, указанную и разработанную авторомъ. Взносъ, имъ сдѣланный, является цѣннымъ для науки; научный интересъ представляла бы эта работа и за предѣлами русской рѣчи.

Воспроизведена во второмъ томѣ «Изслѣдованій» работа, предназначавшаяся въ свое время къ тому, чтобы въ день университетскаго праздника возвѣстить объ одномъ изъ явленій, свидѣтельствующихъ противъ обвиненій науки въ отчужденіи отъ жизни. Работа эта озаглавлена «Участіе представителей юридической науки въ отправленіи гражданскаго правосудія». Предъ умственнымъ взоромъ читателя, замѣняющаго слушателя, по независящимъ обстоятельствомъ отсутствовавшаго, проводитъ авторъ цѣлый рядъ историческихъ эпохъ, когда юристъ-ученый, не становясь непосредственно судебнымъ дѣятелемъ, высказывалъ свое сужденіе по вопросу, въ судебномъ процессѣ возникшему. Воспроизводится дѣятельность римскаго юриста съ его responsa prudentium, средневѣковыхъ юристовъ Италіи и Германіи съ ихъ consilia sapientium, практика примѣненія института «Actenversendung», благодаря которому использованы были не разъ университетскія коллегіи юридическихъ факультетовъ для рѣшенія вопросовъ практической юриспруденціи. Ярко изображена аналогичная дѣятельность и нашихъ россійскихъ юристовъ со времени введенія судебныхъ уставовъ.

Послѣдняя работа вноситъ существенное дополненіе къ характеристикѣ почтеннаго автора, которая, volens-nolens, производится при ознакомленіи съ собраніями трудовъ. Теоретичность и склон-

Digitized by Google

ность къ отвлеченному мышленію, хотя бы и въ области вопросовъ практическаго значенія, не подавляютъ въ нашемъ авторѣ живѣйшаго интереса къ практикѣ жизни, сознанія общественнаго долга ученаго юриста проявлять свою долю участія въ рѣшеніи входящихъ въ его компетенцію проблемъ живой дѣйствительности. О такой связи ученаго съ жизнью ярко говоритъ уже такая статья изъ числа помѣщенныхъ во второмъ томѣ «Изслѣдованій», какъ «Принятіе наслѣдства или отреченіе отъ наслѣдства?» Въ этой статьѣ, помѣщенной въ 1905 г. въ «Юридической газетѣ», авторъ прямо даетъ рѣшеніе одного изъ дѣлъ нашей судебной практики. Вопросъ, подлежавшій рѣшенію, заключался въ томъ, какъ надо юридически квалифицировать данныя дѣйствія: надо ли было видѣть въ нихъ принятіе наслѣдства или же отреченіе отъ него? Исчерпывающимъ образомъ устанавливаетъ онъ юридическіе признаки принятія наслѣдства въ двухъ формахъ — положительной и отрицательной, въ видѣ отказа отъ права на наслѣдственное имущество въ пользу опредѣленныхъ наслѣдниковъ. Столь же тщательно анализируется засимъ отреченіе отъ наслѣдства. Произведя такое сопоставленіе этихъ антиподовъ отношенія къ наслѣдству и примѣняя выводы къ рѣшенію разсматриваемаго дѣла, авторъ категорически усматриваетъ въ немъ отреченіе отъ наслѣдства. Попутно сдѣлано цѣнное замѣчаніе о юридической квалификаціи «уродливой» юридической фигуры, извѣстной нашему праву, улиточной записи; въ настоящее время, — нельзя не отмѣтить, — это явленіе подвергнуто уже спеціальной разработкѣ; сдѣлалъ это бар. А. Э. Нольде въ «Вѣстникѣ Гражданскаго Права» 1913, кн. 5, стр. 34—53.

Практическимъ поводомъ, насколько намъ извѣстно, вызвана и другая работа изъ помѣщенныхъ въ настоящемъ сборникѣ. Это — «Три вопроса древняго литовскаго гражданскаго права». Вопросы эти касаются родовыхъ имуществъ, перехода наслѣдственнаго имущества изъ одного рода въ другой и предѣловъ наслѣдованія въ боковыхъ линіяхъ.

Отраженіемъ участія автора непосредственно въ законодательной работѣ является трудъ именуемый: «Предварительный проектъ законоположеній о частныхъ производствахъ и вызванныхъ имъ измѣненій въ другихъ частяхъ устава гражданскаго судопроизводства». Кромѣ проектированныхъ нововведеній и измѣненій въ уставѣ гражданскаго судопроизводства, здѣсь имѣется подробная объяснительная записка; въ ней заключается прежде всего развитіе собственныхъ воззрѣній автора, представляющихъ примѣненіе на практикѣ консеквенцій его основныхъ ученій о существѣ процесса и принципѣ тождества; кромѣ того,

Digitized by Google

принятъ во вниманіе и богатый матеріалъ какъ литературы, такъ и иностранныхъ законодательныхъ работъ, особенно по австрійскому праву. Работа эта произведена по порученію Высочайше учрежденной комиссіи для пересмотра законоположеній по судебной части. Какъ отнеслась комиссія къ этому проекту, практическаго значенія не имѣетъ, ибо проекты самой комиссіи не получили силы закона, за исключеніемъ, впрочемъ, лишь тѣхъ отдѣльныхъ частей, которыя, подъ общимъ флагомъ преобразованія мѣстнаго суда, проведены въ законъ 15 іюля 1912 г. «попутно», хотя и не относятся къ мѣстному суду.

Остальныя работы, помѣщенныя во второмъ томѣ «Изслѣдованій и статей», исполнены на біографической канвѣ. Въ нѣкоторыхъ изъ нихъ біографическій характеръ болѣе силенъ, но всѣ онѣ представляютъ интереснѣйшіе и полезнѣйшіе для изученія очерки ученой дѣятельности личностей, памяти которыхъ они посвящены. Представляя научный интересъ изображенія того, что внесено въ науку, — по преимуществу гражданскаго права и судопроизводства, — воскрешаемыми въ памяти читателя учеными, статьи, имъ посвященныя, не могутъ не вызывать убѣжденія въ заслугахъ ихъ передъ наукою и въ полномъ основаніи воспроизводить имъ литературные памятники. На страницахъ рецензируемой книги увѣковѣчены К. Д. Кавелинъ въ статьѣ «Слѣды Гегелевой философіи въ трудахъ Кавелина въ области правовѣдѣнія», С. В. Пахманъ, Д. И. Мейеръ, Оскаръ Бюловъ, основатель современной науки гражданскаго процессуальнаго права, первымъ послѣдователемъ котораго въ Россіи явился самъ авторъ книги, далѣе С. А. Бершадскій, Л. Б. Дорнъ, Е. А. Нефедьевъ, К. Н. Анненковъ и А. И. Вицынъ.

Приведенныя данныя не могутъ не свидѣтельствовать и о книгѣ, и объ авторѣ ея. Благодаря богатству содержанія, книга даетъ ея обладателю и читателю возможность имѣть подъ рукою цѣлую библіотеку трудовъ полезныхъ для изученія массы вопросовъ, въ нихъ разработанныхъ, для ознакомленія съ образцами глубокаго анализа сложныхъ явленій. Какъ собраніе произведеній за послѣдніе годы, книга ясно показываетъ, что въ лицѣ автора русская наука имѣетъ выдающагося ученаго, съ неутомимою энергіею продолжающаго обогащать ее цѣнными взносами и, тѣмъ самымъ, поддерживать и повышать свою почетную извѣстность учеными трудами.

Проф. *Влад. Гордонъ.*

Digitized by Google

Книги, полученныя редакціей.

Н. Г. Вавинъ. Зачетъ обязательствъ. 2-е изданіе. Москва. 1914. Цѣна 75 к.

Законы гражданскіе. Практическій и теоретическій Комментарій подъ редакціей А. Э. Вормса и В. Б. Ельяшевича. Выпускъ первый, (стран. 1—130). Выпускъ второй, (стран. 383—441). Москва. 1913.

Н. Казимировъ. Школьныя зданія въ Московской губерніи. Описаніе зданій земскихъ и церковно-приходскихъ школъ. Матеріалы по статистикѣ Московской губерніи. Москва. 1913.

Труды Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ Университетѣ издав. подъ редакціей М. М. Винавера при ближайшемъ участіи В. М. Гессена и В. Д. Набокова. *Томъ VII* (первое полугодіе 1913 г.). С.-Петербургъ. 1913. Цѣна 1 руб. 50 коп.

Giorgio del Vecchio prof. Il fenomeno della guerra e l'idea della pace. Torino. 1911.

G. del Vecchio. Sulla positività come carattere del diritto. Modena. 1911.

G. del Vecchio. Il progresso giuridico. Roma. 1911.

G. del Vecchio. Il concetto del diritto. Bologna. 1912.

Dr. G. del Vecchio. Über einige Grundgedanken der Politik Rousseau's. Berlin und Leipzig. 1912.

Издатель: Юридическое Общество
при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Редакторъ *Б. А. Кистяковскій.*

Digitized by Google

Приложеніе.

Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки Общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Журналъ Общаго Собранія Общества имени А. И. Чупрова для разработки Общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Засѣданіе 4 апрѣля 1913 года.

Предсѣдательствовалъ Н. А. Каблуковъ.
Присутствовали 27 членовъ Общества.

Заслушанъ докладъ **В. А. Косинскаго** «Земельная задолженность въ капиталистическихъ и трудовыхъ хозяйствахъ».

Послѣ доклада состоялись пренія, въ которыхъ приняли участіе **З. С. Каценеленбаумъ, С. Н. Прокоповичъ, Н. П. Макаровъ, А. В. Чаяновъ.** Сущность преній сводилась къ слѣдующему.

З. С. Каценеленбаумъ, соглашаясь съ конечнымъ выводомъ докладчика объ особенностяхъ трудового хозяйства въ сравненіи съ капиталистическимъ, сомнѣвается, чтобы это можно было доказать путемъ приложенія Марксовскихъ схемъ. Докладчикъ упускаетъ моментъ прибыли на капиталъ, участвующій и въ трудовомъ хозяйствѣ. Если принять во вниманіе этотъ моментъ, трудовое хозяйство теряетъ свое преимущество передъ капиталистическимъ въ смыслѣ возможности уплаты болѣе высокой цѣны за землю — и для него цѣна земли явится тогда лишь капитализированной рентой, но не капитализированной рентой плюсъ капитализированная прибыль. Докладчикъ не совсѣмъ правъ въ своей концепціи кредита; нельзя кредиту приписывать производительность; производителенъ трудъ, но не его денежное выраженіе. Кромѣ того, теорія кредита разработана значительно шире въ экономической литературѣ, чѣмъ то полагаетъ докладчикъ. Указанія на убыточность ипотечнаго кредита получены путемъ искусственнаго преуменьшенія доходности земли. Если землевладѣлецъ платитъ банку 6%, то его земля, очевидно, даетъ не 5% дохода, какъ предполагаетъ докладчикъ, а 7%. Убыточность ипотечнаго кредита вызывается не тѣмъ, что земля низко оцѣнивается, а тѣмъ, что взятый изъ ипотечныхъ учрежденій капиталъ расходуется непроизводительно. Главнымъ же образомъ недовольство аграріевъ было вызвано паденіемъ земельной ренты. Если трудовое хозяйство будетъ производительно расходовать взятыя

Digitized by Google

изъ ипотечныхъ банковъ деньги, то оно не будетъ страдать отъ ипотечной задолженности. Въ противномъ случаѣ его не спасутъ и высшія оцѣнки земель. Вполнѣ возможенъ учетъ капиталовъ и въ трудовомъ хозяйствѣ.

С. Н. Прокоповичъ указывалъ, что въ примѣрахъ докладчика невѣрно то положеніе, что изъ двухъ хозяйствъ, изъ которыхъ одно работаетъ на свой капиталъ, другое на занятый, второе является экономически болѣе мощнымъ. Невѣрно также положеніе докладчика, что кредитъ ослабляетъ сельскохозяйственныя предпріятія. Въ примѣрахъ доклада есть ариѳметическія ошибки. Докладчикъ не различаетъ экономическихъ моментовъ отъ соціальныхъ — можетъ быть это связано съ міровоззрѣніемъ докладчика; въ частности не проводится различія между моментами техническимъ, экономическимъ и соціальнымъ въ понятіи капитала и игнорируется экономическій моментъ. Концепція докладчика отрицаетъ возможность въ деревнѣ $^0/_0$-наго кредита, между тѣмъ какъ и въ трудовомъ хозяйствѣ средства производства являются капиталомъ, на который начисляются $^0/_0{}^0/_0$. Едва ли велика разница, что въ капиталист. хозяйствѣ $^0/_0{}^0/_0$ начисляются и на заработную плату. И въ капиталистическомъ хозяйствѣ капиталъ не запасается сразу. Безсодержательна фраза «быть своимъ собственнымъ работодателемъ» въ соціальномъ смыслѣ слова, но далеко не безсодержательна она въ экономическомъ смыслѣ слова. Рента вполнѣ допустима въ сельскомъ хозяйствѣ, какъ и во всякомъ другомъ.

Н. П. Макаровъ находилъ, что докладчикъ не затронулъ одной важной проблемы — соотношенія между тѣмъ, что теоретически называется трудовымъ хозяйствомъ, и тѣмъ, чѣмъ въ дѣйствительности является крестьянское хозяйство. Крестьянскія хозяйства то обнаруживаютъ тенденцію къ переходу въ капиталистическую форму, то наоборотъ, приближаются къ пролетарскому типу, встрѣчающемуся въ раіонахъ интенсивнаго хозяйства. Такимъ образомъ крестьянское хозяйство не есть тѣмъ самымъ хозяйство трудовое въ чистомъ смыслѣ слова.

А. В. Чаяновъ указалъ на сложную структуру крестьянскаго хозяйства, въ которомъ на трудъ вліяетъ цѣлый рядъ причинъ. Такъ напр. число ѣдоковъ вліяетъ повышающе на трудовыя затраты работника. Съ другой стороны, въ крестьянскомъ хозяйствѣ имѣетъ огромное значеніе трудовая сила семьи въ капиталистическомъ — сила капитала. Тамъ надо использовать трудъ, здѣсь капиталъ.

Въ защиту доклада были приведены **В. А. Косинскимъ** слѣдующія соображенія. Теорія докладчика, часть которой изложена въ докладѣ, есть плодъ 7-лѣтней работы. Нельзя ставить упрековъ въ отсутствіи конкретнаго матеріала — его собрано много и лишь ограниченность времени мѣшаетъ привести соотвѣтственныя выдержки. Выводъ доклада — трудовое хозяйство въ сельскохозяйственной сферѣ захватываетъ параллельно съ интенсификаціей хозяйства все болѣе широкое поле (примѣръ С. А. С. Ш.). Хотя трудовое хозяйство не совсѣмъ совпадаетъ съ крестьянскимъ, но основныя черты перваго существуютъ во второмъ, и потому можно говорить о трудовомъ хозяйствѣ вообще, какъ о реальномъ явленіи. Говорить объ учетѣ капитала въ трудовомъ хозяйствѣ нельзя; здѣсь доминируютъ интересы труда — стремленіе къ повышенію трудового дохода. С. Н. Прокоповичъ самъ говоритъ въ своей работѣ о существованіи безпроцентныхъ ссудъ въ деревнѣ. Въ кооперативныхъ предпріятіяхъ не существуетъ момента начисленія процента на капиталъ. Паденіе земельной ренты, имѣвшее мѣсто въ прошломъ, не наблюдается нынѣ въ Германіи. Схемы доклада не вполнѣ совпадаютъ со схе-

Digitized by Google

мами Маркса; докладчикъ не признаетъ теоріи цѣнности Маркса. Пользованіе кредитомъ можетъ, конечно, оказаться губительнымъ для тѣхъ, кто имъ пользуется, въ моментъ кризиса — но докладъ считается для своихъ теоретическихъ конструкцій съ нормальнымъ положеніемъ рынка. Докладчикъ имѣетъ въ виду чисто техническое понятіе капитала, въ трудовомъ хозяйствѣ капиталъ именно и играетъ такую роль; въ капиталистическомъ на него, кромѣ того, начисляется процентъ. Въ заключеніе своихъ возраженій и указывая еще разъ на жизнеспособность трудового хозяйства въ сельскохозяйственной сферѣ, докладчикъ призывалъ къ его изученію.

Послѣ преній послѣдовало резюме Предсѣдателя, предложившаго выразить искреннюю благодарность докладчику и за прочитанный имъ докладъ, и за его готовность спеціально для доклада пріѣхать на засѣданіе Общества изъ Кіева. Въ то же время Предсѣдатель отмѣтилъ интересную постановку вопроса о большей прибыльности предпріятій, работающихъ съ заемнымъ капиталомъ.

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*

Секретарь *Н. Пѣтуховъ.*

Засѣданіе 22 апрѣля 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**
Присутствовали 21 членъ Общества.

Заслушанъ докладъ **А. Н. Анцыферова** «Центральные Банки Кооперативнаго Кредита».

Тезисы доклада:

1. Основныя практическія задачи Центральнаго Банка Кооперативнаго Кредита состоятъ: въ перемѣщеніи капиталовъ между кооперативными учрежденіями; въ извлеченіи недостающихъ для кооперативнаго оборота средствъ съ общаго денежнаго рынка; въ регулированіи высоты ссуднаго процента; въ усвоеніи, въ интересахъ кооперації, банковой техники и въ экстенсивномъ и интенсивномъ расширеніи кооперативной организаціи.

2. Спеціальное Государственное Банковое учрежденіе, съ указанными выше функціями, будучи учрежденіемъ некооперативнымъ, несетъ въ себѣ рискъ нарушенія самостоятельности и самоуправленія кооперативныхъ учрежденій и, при наличности Государственнаго банка, является излишнимъ.

3. Спеціальные фонды государства, предназначенные для кооперативнаго кредита, не разрѣшаютъ задачи. Они могутъ быть цѣлесообразно использованы лишь чрезъ посредство кооперативныхъ учрежденій второго порядка или черезъ Кооперативный Центральный Банкъ.

4. При хорошей постановкѣ въ смыслѣ банковой техники, опираясь на сознательную, планомѣрную и постоянную поддержку обслуживаемыхъ имъ кооперативныхъ учрежденій и совершенно исключивъ изъ своей практики всякаго рода спекуляцію и погоню за прибылями, Центральный Банкъ, построенный на кооперативныхъ принципахъ, какова бы ни была его юридическая форма, способенъ полностью осуществить намѣченныя выше задачи.

5. Въ частности, въ данное время, для приближенія Московскаго Народнаго Банка къ типу Центральнаго Кооперативнаго, необходимо: а) возникновеніе союзныхъ кооперативныхъ учрежденій II степени; б) развитіе

Digitized by Google

пассивныхъ и активныхъ операцій долгосрочнаго характера, но не гипотечныхъ, и в) участіе и поддержка со стороны земскихъ кассъ мелкаго кредита, особенно губернскихъ.

Послѣ доклада послѣдовали пренія, сущность которыхъ сводилась къ слѣдующему:

М. А. Бунятянъ предложилъ вопросъ, не сошли ли нѣкоторые нѣмецкіе центральные банки съ кооперативной основы (и погибли вслѣдствіе этого), не находя достаточно пищи въ своей основной сферѣ дѣятельности?

Докладчикъ отвѣчалъ, что Шульце-Деличскій банкъ долженъ былъ искать частнаго кредита, не находя поддержки со стороны отдѣльныхъ, не нуждавшихся въ содѣйствіи Центральнаго Банка, кооперативовъ. Дармштадтскій банкъ погибъ отъ недостатковъ своего «механизма». Самъ по себѣ онъ имѣлъ всѣ шансы на развитіе.

А. Н. Закъ считалъ, что въ докладѣ совершенно обойденъ вопросъ о финансовыхъ перспективахъ автономной организаціи въ Россіи при современныхъ конкретныхъ условіяхъ; что для не-государственнаго банка, не опирающагося на средства Центральнаго Государственнаго банка, Государственныхъ сберегательныхъ кассъ, и общебюджетныхъ рессурсовъ (послѣдніе для покрытія вѣроятныхъ первое время убытковъ, пониженія ссуднаго % ниже платимаго банкомъ и т. д.) непосильно выполненіе тѣхъ грандіозныхъ заданій, которыя связаны съ переустройствомъ хозяйственнаго строя деревни и съ ростомъ мелкой сельскохозяйственной промышленности. Кромѣтого, торговая и фабрично-заводская промышленность имѣетъ къ своимъ услугамъ крупные капиталы акціонерныхъ коммерческихъ банковъ, которые, не считая обществъ взаимнаго кредита, городскихъ общественныхъ банковъ и банковъ на особыхъ основаніяхъ, равно постороннихъ капиталовъ въ распоряженіи означенныхъ банковъ, на 1 января 1913 года исчисляются въ суммѣ 3 милліардовъ рублей, не говоря о собственныхъ крупныхъ капиталахъ, иммобилизированныхъ въ относящихся сюда предпріятіяхъ. Параллельно къ услугамъ сельскохозяйственной промышленности стоитъ лишь одинъ Московскій народный банкъ съ капиталомъ въ 1 милліонъ рублей и общимъ балансомъ на 1 апрѣля 1913 года въ 3 милліона рублей, претендующій несмотря на это — въ своихъ проектахъ открытія отдѣленій по Россіи — на общероссійское значеніе. При всѣхъ пожеланіяхъ успѣха Банку и симпатіи къ его организаторамъ нельзя не считаться съ тѣмъ, что Московскій народный банкъ не заполнитъ всего пробѣла въ организаціи мелкаго кредита и не замѣнитъ той помощи, которая оказывается и должна въ еще бо́льшей степени оказываться государствомъ. Вопросъ о созданіи Государственнаго банка мелкаго кредита потому уже утратилъ въ значительной степени свою остроту, что теперь финансированіе мелко-кредитныхъ учрежденій въ грандіозныхъ размѣрахъ производится и Государственнымъ банкомъ, и Сберегательными кассами. Вопросъ такимъ образомъ остался главнымъ образомъ лишь организаціонный; но для правильной постановки дѣла и въ отношеніи къ Центральному банку мелкаго кредита необходимо слѣдующее: 1) организація особаго для крестьянъ банка, 2) объединеніе въ одномъ учрежденіи всѣхъ отдѣльныхъ видовъ сельскохозяйственнаго кредита при строгой, однако, финансовой дифференціаціи, 3) подчиненіе такового законодательнымъ учрежденіямъ. Увѣнчаніе зданія мелко-кредитнаго дѣла автономной организаціей преждевременно — оно можетъ наступить лишь послѣ того, какъ Государственный Центральный Банкъ мелкаго кредита создастъ, какъ

Digitized by Google

подготовительная стадія, необходимую экономическую базу, въ формѣ самостоятельной финансовой дѣятельности мелко-кредитныхъ организацій низшихъ степеней.

Докладчикъ, съ своей стороны, возражалъ, что докладъ имѣлъ въ виду не Московскій народный банкъ, какъ таковой, но вопросъ Центральныхъ Банковъ мелкаго кредита въ широкомъ смыслѣ. Несомнѣнно, что Московскій народный банкъ въ настоящее время недостаточно сильное учрежденіе. То, что онъ долженъ имѣть въ виду какъ ближайшую цѣль — это увеличеніе своего основного капитала — въ противномъ случаѣ онъ способенъ утратить свою жизнеспособность. Несомнѣнно, что роль Государственнаго банка въ нашемъ кооперативномъ движеніи огромна, и не надо думать, что съ развитіемъ Центральнаго Банка Государственному банку останется лишь закрыть свои операціи по финансированію кооперативнаго кредита. Спеціальный казенный Центральный Банкъ есть все же тормазъ въ развитіи кооперативнаго дѣла; итти по пути Пруссіи въ дѣлѣ организаціи кооперативнаго кредита — не слѣдуетъ. Кооперація, идущая на помочахъ, никогда не разовьется.

Послѣ преній послѣдовало резюме Предсѣдателя, предложившаго выразить благодарность докладчику за интересный докладъ, въ которомъ такъ ясно показана роль Центральныхъ Кооперативныхъ Банковъ заграницей и важность аналогичныхъ учрежденій для Россіи.

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*

Секретарь *И. Пѣтуховъ.*

Засѣданіе 3 октября 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**

Присутствовали 51 членъ Общества.

1. Выслушано сообщеніе Предсѣдателя о только что послѣдовавшей смерти извѣстнаго экономиста-теоретика **В. К. Дмитріева** и о порученіи члену Общества **С. А. Первушину** возложить вѣнокъ отъ имени Общества А. И. Чупрова на гробъ покойнаго. При этомъ Предсѣдатель выразилъ надежду, что въ ближайшемъ будущемъ удастся устроить особое засѣданіе съ докладами, посвященными **В. К. Дмитріеву,** какъ ученому.

По предложенію Предсѣдателя память покойнаго почтена вставаніемъ.

2. Выслушано сообщеніе Предсѣдателя о послѣдовавшей кончинѣ **С. М. Блеклова,** извѣстнаго своими трудами въ области земской статистики.

По предложенію Предсѣдателя память покойнаго почтена вставаніемъ.

3. Доложено сообщеніе Предсѣдателя объ имѣющемъ состояться 6-го октября празднованіи 50-лѣтняго юбилея «Русскихъ Вѣдомостей», не мало сдѣлавшихъ, и въ частности при участіи А. И. Чупрова, для научной разработки многихъ сторонъ русской общественной жизни; о желательности принять участіе въ этомъ празднованіи; при чемъ Предсѣдателемъ былъ оглашенъ текстъ адреса, выработанный Совѣтомъ, и предложено желающимъ подъ нимъ подписаться.

Постановлено: согласиться съ предложеніемъ Предсѣдателя и принять текстъ адреса, выработанный Совѣтомъ.

4. Доложено предложеніе Предсѣдателя приступить въ ближайшемъ Общемъ Собраніи къ выборамъ Президіума Секціи Соціальной Политики, открывающейся согласно постановленію Чрезвычайнаго Общаго Собранія отъ 1 марта 1913 года.

Постановлено согласиться съ предложеніемъ Предсѣдателя.

Digitized by Google

5. Доложено объ извѣщеніи, поступившемъ со стороны Императорскаго Общества Любителей Естествознанія, Антропологіи и Этнографіи при Московскомъ Университетѣ о томъ, что 15-го октября сего года исполняется 50 лѣтъ со дня открытія дѣятельности Общества и что 27 августа 1913 года исполнилось 70 лѣтъ со дня рожденія Президента Общества профессора Дмитрія Николаевича **Анучина.**

Постановлено: просить Предсѣдателя телеграммами принести поздравленія Императорскому Обществу Любителей Естествознанія, Антропологіи и Этнографіи и его Президенту — профессору **Д. Н. Анучину,** отъ имени Общества А. И. Чупрова.

6. Заслушанъ докладъ **А. А. Мануилова** о книгѣ **П. Б. Струве** «Хозяйство и цѣна» (см. «Вѣстникъ Европы» за октябрь 1913 года).

Послѣ доклада послѣдовали пренія, въ которыхъ приняли участіе **С. А. Котляревскій, С. Н. Прокоповичъ, С. Н. Булгаковъ, М. Н. Нерсессовъ.** Сущность преній сводилась къ слѣдующему.

С. А. Котляревскій отмѣтилъ прежде всего, что книга П. Б. Струве есть крупное явленіе не только въ экономической, но и въ соціальной литературѣ вообще; авторъ сумѣлъ въ ней соединить высокую абстракцію съ богатымъ историческимъ матеріаломъ. Автору присуще извѣстное стремленіе къ эмпиризму, сказывающееся, между прочимъ, въ томъ, что и въ чисто абстрактныхъ областяхъ онъ склоненъ къ антимонизму, къ внесенію новыхъ варіантовъ въ существующія разграниченія — это совпадаетъ, можетъ быть, съ нѣкоторымъ общимъ утомленіемъ высокой абстракціей. Чрезвычайно интересна мысль объ основномъ дуализмѣ въ области экономической жизни, о столкновеніи моментовъ автогеніи и гетерогеніи цѣлей; и это характерно не только лишь для соціализма, но и для экономическаго либерализма. Очень показательно въ этомъ отношеніи то, что изъ всей громадной массы матеріала, переработаннаго авторомъ, вытекаетъ, какую роль въ, казалось, произвольномъ опредѣленіи цѣны (напр. эдиктъ Діоклектіана, justum pretium) игралъ моментъ гетерогенной, эмпирически установленной, типической цѣнности. Вопросъ объ установленіи границъ раціонализаціи имѣетъ философскій интересъ; въ области экономической онъ имѣетъ большое значеніе не только для теоріи, но и для экономической политики. Во всякомъ случаѣ въ работѣ Струве сказалась громадная эрудиція, большая наблюдательность и большой политическій и общественный опытъ.

С. Н. Прокоповичъ считаетъ книгу Струве очень пестрой по содержанію: на ряду съ весьма цѣнными экскурсами есть страницы публицистическаго характера, лишенныя необходимой въ наукѣ логической послѣдовательности. Такъ вопросъ о соціализмѣ, какъ строѣ, предполагающемъ полную раціонализацію хозяйства, рѣшается въ связи съ тѣмъ, что въ понятіе общества заранѣе вкладывается моментъ системы, иначе, моментъ взаимодѣйствія и гетерогеніи цѣлей. Много недоразумѣній имѣется въ трактовкѣ Струве ученія Маркса; между Марксомъ и схоластикой общаго ничего быть не можетъ, Есть рядъ противорѣчій въ вопросѣ о теоріи цѣнности Маркса: цѣнность признается то, какъ субстанція, и потому критикуется съ сингуляристической точки зрѣнія; то, какъ проекція общественныхъ отношеній — тогда уже означенная выше критика въ цѣль совершенно не попадаетъ. Рядъ противорѣчій кроется въ текстѣ 1-й главы II отд., гдѣ, кромѣ того, есть неправильное оперированіе съ статистическимъ методомъ. Что касается до статистическаго толкованія цѣнъ, то положительной чертой этой попытки является возможность на ней основать сближеніе психологической теоріи цѣнности съ теоріей

Digitized by Google

издержекъ производства или трудовой теоріей, ибо именно типическая цѣнность и опредѣляется этими объективными моментами.

С. Н. Булгаковъ вполнѣ согласенъ съ книгой Струве; онъ уже болѣе 10 лѣтъ тому назадъ пришелъ къ тѣмъ же выводамъ, къ тому же отрицательному отношенію къ смѣшенію въ наукѣ научной метафизики и эмпиризма. Подобно тому, какъ и схоластики допускали онтологическое бытіе общихъ понятій (ante rem), такъ дѣлаетъ это и Марксъ съ идеей, почерпнутой имъ вполнѣ эмпирически, подчиняясь вліянію Гегеля и классиковъ политической экономіи. Субстанція цѣнности I тома ярко выступаетъ наружу въ III томѣ. Съ другой стороны, построить трудовую теорію цѣнности на эмпирическомъ основаніи вполнѣ возможно путемъ статистическаго изученія цѣнъ. Теорія австрійской школы вѣрна постольку, поскольку покоится на непосредственно данномъ опытѣ, но этимъ самымъ оставляется въ тѣни соціальный моментъ. Между прочимъ, **С. Булгаковъ** не вполнѣ ясно представляетъ себѣ отношеніе къ австрійской теоріи цѣнности докладчика. Дуализмъ, выставленный въ книгѣ Струве, можетъ быть сведенъ къ болѣе основной проблемѣ добра и зла. Правда, обычно соціализмъ понимается, какъ послѣдовательная и окончательная раціонализація хозяйства; но вѣдь вполнѣ возможно, какъ то и дѣлалъ Carlyle, видѣть въ соціализмѣ побѣду ирраціональнаго.

М. Н. Нерсессовъ считаетъ, что у Струве въ основныхъ вопросахъ о методологіи и закономѣрности экономическихъ явленій есть недоговоренность. По отношенію къ предмету познанія не выяснено, насколько правомѣрны универсаліи и каковы принципы, лежащіе въ основѣ конструируемыхъ въ общественныхъ наукахъ общихъ родовыхъ понятій; по отношенію къ закономѣрности— каковъ тотъ законъ, который регулируетъ соотношеніе стихійнаго и раціональнаго въ общественной области. Повидимому, Струве ограничивается лишь простымъ констатированіемъ этого факта, но не изслѣдуетъ его глубже.

Отвѣчая на то, что было высказано оппонентами по отношенію книги Струве, **А. А. Мануиловъ** отмѣтилъ, что проблемы чисто философскаго характера выходятъ за предѣлы политической экономіи. Такъ и у Маркса его теорія цѣнности построена на психологическомъ и соціологическомъ основаніи и ее нельзя разрѣшать исключительно въ плоскости философской трактовки, хотя самъ Марксъ въ III томѣ несомнѣнно приходитъ къ идеѣ субстанціональной цѣнности и есть рядъ мѣстъ въ I томѣ, которыя дѣлаютъ возможнымъ его толкованіе въ томъ же духѣ. Такимъ разсмотрѣніемъ экономическихъ проблемъ исключительно въ философской постановкѣ подчасъ грѣшитъ Струве. Психологическая оцѣнка индивидуума есть отправная точка для экономиста; но разъ допускать, что реальныя цѣны вліяютъ на эту оцѣнку, то естественно, что надо допускать извѣстное взаимодѣйствіе индивидуальныхъ и соціальныхъ моментовъ и одной индивидуальной оцѣнкой обойтись нельзя. Упрекать книгу Струве въ публицистичности нельзя, если основываться на отдѣльныхъ кажущихся противорѣчіяхъ. Противорѣчіе въ идеѣ цѣнности, понимаемой, то какъ реальная субстанція и ядро цѣнъ, то какъ явленіе фетишизма, встрѣчается у самого Маркса.

Въ заключеніе Предсѣдатель отмѣтилъ серьезное научное значеніе какъ самой книги, которой былъ посвященъ докладъ, такъ и критическихъ положеній, легшихъ въ основаніе доклада и высказанныхъ во время преній, и предложилъ засѣданію выразить искреннюю благодарность докладчику.

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ*.

Секретарь *Н. Пѣтуховъ*.

Digitized by Google

Засѣданіе 10 октября 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**

Заслушанъ докладъ **В. А. Косинскаго** «Экономическая природа всеобщаго перепроизводства при торговопромышленныхъ кризисахъ».

Послѣ доклада послѣдовали пренія въ которыхъ приняли участіе **В. И. Дунаевъ, С. А. Первушинъ, В. А. Голгофскій, Н. А. Каблуковъ и Н. А. Кременецкій.**

В. И. Дунаевъ обратилъ вниманіе на то, что въ предложенныхъ докладчикомъ схемахъ имѣется въ виду только одна форма кредитованія, — а именно помѣщеніе временно-свободныхъ средствъ; на помѣщеніи именно этихъ средствъ и базируется расширеніе производства, а затѣмъ и сокращеніе спроса на произведенные продукты благодаря изъятію означенныхъ суммъ изъ оборота въ чужихъ предпріятіяхъ. Это дѣлаетъ неяснымъ собственную точку зрѣнія докладчика и его отношеніе въ теоріи Т.-Барановскаго, выдвигающаго въ своей теоріи кризисовъ на первый планъ накопленіе абсолютно свободныхъ средствъ.

С. А. Первушинъ возразилъ съ слѣдующей точки зрѣнія. Докладчикъ пытается доказать, что причина кризисовъ въ области кредита, но не въ деньгахъ, не въ общемъ перепроизводствѣ. Однако эти послѣднія двѣ гипотезы не опровергнуты имъ. Въ частности, врядъ ли опроверженіемъ теоріи Сисмонди или Родбертуса можно устранить теорію перепроизводства вообще. Для этого необходимо опровергнуть также и новѣйшія теоріи перепроизводства, исходящія изъ иныхъ основаній (т. наз. «Preisverschiebungen-Theorie» Bouniatian'a, Aftalion'a, O. Spann'a), которыхъ не касается докладчикъ. Поэтому положительный результатъ работы докладчика сводится къ тому, что явленія кредита служатъ лишь одной изъ причинъ кризисовъ. Но въ такихъ рамкахъ взглядъ докладчика не вноситъ ничего новаго — этой связи никто не отрицалъ и раньше. Если даже принять за доказанную несостоятельность теоріи Т.-Барановскаго и теоріи общаго перепроизводства, то и тогда докладчикъ не въ силахъ будетъ объяснить самаго важнаго въ теоріи кризисовъ — ихъ періодичности и тѣмъ болѣе особыхъ цикловъ ихъ въ отдѣльныхъ отрасляхъ производства. Далѣе докладчикъ объясняетъ смягченіе кризисовъ въ Англіи хорошей системой кредита. Но какъ разъ въ Англіи эта система наиболѣе отсталая: въ основѣ ея лежитъ эмиссіонная система Р. Пилля (1844 г.). Здѣсь была бы умѣстнѣе ссылка на Германію (ср. Riesser, Schumacher).

В. А. Голгофскій считаетъ, что съ логической точки зрѣнія можно подходить къ явленіямъ кризисовъ, исходя отъ любого экономическаго явленія, въ виду наблюдаемаго взаимодѣйствія и связанности экономическихъ явленій вообще. Отсюда возможно построеніе теоріи кризисовъ на почвѣ нарушеній какъ въ производствѣ, такъ и въ обмѣнѣ (разстройство кредита), потребленіи и распредѣленіи. Докладчикъ стремится свести кризисы къ нарушенію въ кредитѣ, за которымъ слѣдуетъ перепроизводство товаровъ, завершающееся банковыми разстройствами; однако изъ представленной имъ схемы воспроизводства нельзя сдѣлать заключеній о такой роли кредита, и схема Т.-Барановскаго, съ которымъ докладчикъ, повидимому, не согласенъ, имъ не опровергнута. Перепроизводство, происходящее по теоріи Т.-Барановскаго въ виду неорганизованности производства капиталистическаго хозяйства въ противуположность натуральному, можетъ и помимо кредита съ его нарушеніями вести къ кризису; а что во время кризиса происходятъ недомоганія кредита, то

Digitized by Google

это вполнѣ закономѣрно. Сторонниковъ теоріи Т.-Барановскаго докладчикъ въ невѣрности ихъ позиціи не убѣдилъ.

Н. А. Каблуковъ обращаетъ вниманіе на то, что у докладчика въ кредитѣ лежитъ причина перепроизводства и кризиса. Но кризисъ возможенъ и при заминкѣ потребленія. Такъ Бебель указывалъ однажды въ Reichstag'ѣ, что сокращеніе потребленія рабочими пива, какъ результатъ бо́льшей бережливости, можетъ вызвать частичное перепроизводство въ пивоваренномъ дѣлѣ, которое въ свою очередь можетъ отразиться и на другихъ отрасляхъ народнаго хозяйства. Сокращеніе кредита всегда обостряетъ кризисъ, но не всегда создаетъ его.

Н. А. Кременецкій отмѣтилъ, что пораженіе кредита не помѣшаетъ сбыту, разъ у населенія есть покупательныя средства. Правильнѣе парализованіе кредита разсматривать, какъ явленіе, сопутствующее кризису, но не его вызывающее. Докладчикъ приписываетъ слишкомъ большое значеніе кредиту и творческой силѣ капитала — если это такъ въ области производства и обмѣна, то вовсе не такъ въ области потребленія. Съ другой стороны, правъ ли докладчикъ, такъ рѣшительно отбрасывая въ сторону теоріи кризисовъ, объясняющія ихъ перепроизводствомъ товаровъ и неравномѣрнымъ распредѣленіемъ общественнаго дохода?

В. А. Косинскій въ отвѣтъ на сдѣланныя ему возраженія въ свою очередь привелъ рядъ доводовъ въ подтвержденіе доклада, сущность которыхъ сводилась къ слѣдующему. Прежде всего въ своей схемѣ онъ не имѣлъ въ виду охватить всѣхъ явленій въ процессѣ народнаго хозяйства; но абсолютно-свободныя средства онъ въ эту схему при извѣстныхъ допущеніяхъ включаетъ — онѣ подчиняются тѣмъ же нормамъ, что и относительно-свободныя средства. Схема не имѣетъ въ виду роста народнаго производства; тѣмъ болѣе характерно, что перепроизводство возможно и тутъ. Теорія Т.-Барановскаго при всѣхъ ея достоинствахъ неправа въ томъ отношеніи, что считаетъ кризисы необходимо связанными съ денежнымъ, но не съ натуральнымъ хозяйствомъ. Ставить кризисы въ связь съ вопросомъ цѣнности врядъ ли справедливо. Паденіе цѣнъ есть результатъ нарушенія кредита, но не наоборотъ. Во всякомъ случаѣ докладчикъ надѣется изложить свой взглядъ въ области теоріи цѣнности въ особомъ докладѣ. Докладъ не выясняетъ цикличности кризисовъ; но кризисы слѣдуетъ разсматривать, какъ результатъ нарушенія кредита вообще; нарушеніе же кредита вытекаетъ изъ основного явленія частичнаго перепроизводства, слѣдующаго обычно за періодомъ оживленія, и затѣмъ совокупности событій, какъ то частнаго разстройства кредита, потрясенія банковой организаціи и т. п., которыя, дѣйствуя взаимно другъ на друга, при данномъ складѣ народнаго хозяйства для своего проявленія требуютъ болѣе или менѣе опредѣленнаго срока, 9—10 лѣтъ. Происходящіе кризисы и депрессіи парализуютъ такимъ образомъ производительную мощь капитала. Въ то же время нельзя не признать всей сложности проблемы кризисовъ, сложности, которую въ личныхъ бесѣдахъ съ докладчикомъ отмѣтилъ и авторъ общепринятой теоріи — проф. М. И. Туганъ-Барановскій, назвавъ ее задачей съ тремя шарами. Возражая послѣднему оппоненту, докладчикъ указывалъ, что теоретически не допускается, чтобы населеніе имѣло покупательныя средства внѣ вытекающей изъ производства заработной платы. Денежные кризисы имѣютъ особую природу, и докладчикъ не ихъ имѣлъ въ виду. Онъ ставилъ своею цѣлью выяснить механизмъ связи между кредитомъ и промышленными кризисами, и этому выясненію и посвященъ докладъ.

Digitized by Google

Въ заключеніе Предсѣдатель отмѣтилъ, что, какъ выяснилось изъ преній, докладъ, хотя и не могъ разрѣшить всѣхъ вопросовъ, связанныхъ съ кризисами вообще, все же съ достаточной полнотой и яркостью выяснилъ связь между потрясеніями въ области кредита и промышленнымъ перепроизводствомъ. Предсѣдатель затѣмъ предложилъ собранію благодарить докладчика, которому его нездоровье и временное пребываніе въ Москвѣ не помѣшали сдѣлать его сообщеніе.

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*

Секретарь *Н. Пѣтуховъ.*

Засѣданіе 21 октября 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**

Присутствовало 44 члена Общества.

1. Заслушанъ докладъ **А. А. Кауфмана.** «Къ вопросу о всеобщей переписи населенія Имперіи».

Положенія доклада:

1) Содержаніе обычной программы переписей населенія ограничивается традиціонной техникой — главнымъ образомъ вытекающимъ изъ стремленія точно учесть наличное населеніе строгимъ проведеніемъ начала однодневности и письменнымъ пріемомъ опроса населенія (самосчисленіе).

2) Перенесеніе центра тяжести учета на осѣдлое населеніе позволитъ отказаться отъ строгаго проведенія начала однодневности и значительно удлинить время выполненія переписныхъ операцій, а слѣдовательно обойтись въ нѣсколько разъ меньшимъ числомъ счетчиковъ; это обезпечитъ возможность лучшаго ихъ подбора и надлежащаго инструктированія.

3) Принципъ самосчисленія въ русскихъ условіяхъ долженъ быть окончательно отброшенъ; правиломъ долженъ быть изустный опросъ, письменныя же показанія должны допускаться лишь въ видѣ исключенія.

4) При такой технической постановкѣ всеобщей переписи программа ея можетъ быть значительно расширена; въ частности, становится возможнымъ соединеніе переписи населенія съ промышленною. Раздѣленіе ихъ безъ нужды осложнитъ дѣло и вызоветъ значительныя лишнія затраты.

5) Въ русскихъ условіяхъ всеобщая перепись обязательно должна учесть не только главныя, но и побочныя занятія; вмѣстѣ съ тѣмъ она дастъ учетъ владѣльцевъ предпріятій, и такимъ образомъ она ничѣмъ не будетъ отличаться отъ переписи профессій германскаго типа.

6) Извлеченные изъ данныхъ переписи списки владѣльцевъ предпріятій могутъ быть положены въ основу второй фазы промышленной переписи — переписи предпріятій, которую поэтому и слѣдуетъ произвести непосредственно вслѣдъ за всеобщею переписью при помощи квалифицированнаго персонала.

7) Вопросы, необходимые для учета мелкихъ крестьянскихъ предпріятій, могутъ быть введены въ похозяйственные формуляры сельскаго типа.

8) Успѣхъ переписи во всякомъ случаѣ требуетъ участія всѣхъ статистическихъ силъ страны и общественнаго сочувствія. Безъ этого мало шансовъ на успѣхъ и у простой переписи населенія.

Послѣ доклада **А. А. Кауфмана** послѣдовали пренія, въ которыхъ приняли участіе: **А. Ф. Фортунатовъ,** кн. **Д. И. Шаховской, А. Е. Лосицкій, Н. А. Каб-**

Digitized by Google

луковъ. **В. И. Анисимовъ, П. А. Вихляевъ,** Содержаніе преній свелось къ слѣдующему:

На вопросъ **А. Ф. Фортунатова,** почему докладчикъ не остановился на Америкѣ, докладчикъ указалъ, что недостаточно знакомъ съ Американскими цензами и, кромѣ того, считаетъ, что въ Америкѣ слишкомъ широки заданія переписи. Правда — по заявленію Г. Г. Швиттау — XII и XIII цензы освободились отъ этихъ недостатковъ. Затѣмъ **А. Ф. Фортунатовъ** замѣтилъ, что дѣлить занятія на главныя и побочныя вообще трудно, хотя и тѣ, и другія были при I-ой переписи. Между прочимъ, это дѣленіе давало поводъ къ тому, что сторонники марксизма были склонны нѣсколько преувеличивать индустріализацію Россіи путемъ выдвиганія на первый планъ этихъ побочныхъ занятій. Кн. **Д. И. Шаховской** указалъ на то, что на Кіевскомъ Съѣздѣ обсуждался вопросъ объ устройствѣ сельскохозяйственной переписи. Докладчикъ **Воблый** предлагалъ слить ее съ общей переписью. Съ другой стороны, сельскохозяйственная перепись должна была быть произведена Главнымъ Управленіемъ Земледѣлія и Землеустройства, но не Центральнымъ Комитетомъ. Съѣздъ выдѣлилъ въ связи съ этимъ особую комиссію, мнѣніе которой было затѣмъ представлено въ Кіевское Общество Экономистовъ съ тѣмъ, чтобы послѣднее къ декабрю 1913 года передало вопросъ на разсмотрѣніе въ Общество имени А. И. Чупрова. Между прочимъ, комиссія признала, что не слѣдуетъ совмѣщать сельскохозяйственной переписи съ народной — народную перепись будетъ производить Центральный Комитетъ, а передать ему перепись промышленную было бы нежелательно. Оставивъ открытымъ вопросъ, кто долженъ производить перепись предпріятій, Комиссія полагала, что ее слѣдуетъ производить въ теченіе трехъ мѣсяцевъ и притомъ осенью. Докладъ, повидимому, предполагаетъ, что перепись будетъ производиться Центральнымъ Комитетомъ — но, во-первыхъ, Комитетъ не справится съ переписью усложненнаго типа (т.-е. соединенною съ переписью предпріятій); кромѣ того, безусловно желательно, чтобы къ переписи были широко привлечены общественныя организаціи. **А. Е. Лосицкій** указалъ, что докладъ, какъ онъ ни былъ интересенъ, все же не можетъ окончательно убѣдить его. Нѣкоторыя положенія безспорны (отрицательное отношеніе къ самосчисленію, необходимость общественнаго участія, важность данныхъ о промышленной структурѣ населенія и т. п.); но основная мысль — объ учетѣ постояннаго населенія — возбуждаетъ много сомнѣній. Что есть это постоянное населеніе? Мы еще такъ недавно ушли отъ приписного населенія. Земская техника развивается въ сторону однодневной переписи. При переписи постояннаго населенія не получимъ ли мы обезлюденія городовъ; и куда отнести населеніе, не имѣющее постоянныхъ квартиръ, въ родѣ обитателей ночлежныхъ домовъ и т. п.? Говорить о вліяніи марксистскихъ взглядовъ въ первой народной переписи врядъ ли можно — легенда не соотвѣтствуетъ опубликованнымъ даннымъ. Докладчикъ ошибся — офиціальная разработка данныхъ о побочныхъ занятіяхъ имѣется. Весь вопросъ въ томъ, что тѣмъ темпомъ, которымъ въ началѣ шла разработка, она была бы завершена къ 1930 г. Гордіевъ узелъ разрубилъ Дурново. Въ интересахъ болѣе или менѣе точнаго учета населенія дѣлать тѣхъ скачковъ, которые рекомендуетъ докладчикъ, не слѣдуетъ. Болѣе разработанной является техника переписи наличнаго населенія — ея и слѣдуетъ придерживаться, рискуя въ противномъ случаѣ не получить ни правильныхъ свѣдѣній о населеніи, ни правильныхъ свѣдѣній о предпріятіяхъ. **Н. А. Каблуковъ** видитъ себя принужденнымъ возразить противъ до-

Digitized by Google

клада. Какъ бы нужна ни была профессіональная перепись, все же не слѣдуетъ изъ-за этого портить перепись населенія. Опредѣлить понятіе «постояннаго населенія» очень трудно. Какъ считать, напримѣръ, лицъ, работающихъ въ городѣ зимою? Докладчикъ ссылается на земскую статистику, но вѣдь статистика населенія и является ея наиболѣе слабымъ мѣстомъ. Затѣмъ перепись постояннаго населенія отниметъ возможность произвести сравненіе съ прошлой переписью, а также и Западно-Европейскими переписями. Кромѣ того и практически трудно осуществить привлеченіе на временную работу для переписи на нѣсколько недѣль лицъ, имѣющихъ другія занятія. Счетчиковъ возможно оторвать на 2—3 дня, но не на мѣсяцъ. Докладчикъ преуменьшилъ значеніе тѣхъ вопросовъ, которые должны быть поставлены при профессіональной переписи. Въ случаѣ послѣдней необходима возможно полная характеристика предпріятій, а это невозможно въ короткій срокъ, свойственный народной переписи. **В. И. Анисимовъ** считаетъ, что критика принципа учета наличнаго населенія слишкомъ сурова — недостатки германской статистики не такъ уже велики. Несомнѣнно, что перепись постояннаго населенія имѣетъ за собою существенные плюсы (контингентъ счетчиковъ, продолжительность переписи). Но вѣдь необходимо показать, какъ къ ней подойти, порвавъ съ принципомъ учета наличнаго населенія. Наши переписи страдаютъ отъ того, что по нимъ трудно, на основаніи косвенныхъ признаковъ, перейти отъ учета наличнаго къ учету постояннаго неселенія. Такимъ образомъ, если и слѣдуетъ признать желательнымъ переходъ къ учету постояннаго населенія, то этотъ вопросъ требуетъ детальной разработки. Наиболѣе цѣлесообразно передать его для болѣе подробнаго изученія въ Стат. Отд. Общества. **П. А. Вихляевъ** указалъ, что, исходя изъ интересовъ земскаго хозяйства, въ районахъ мелкаго типа (школьный районъ, больничный районъ) слѣдуетъ учитывать обычное населеніе. Съ точки зрѣнія динамики населенія, которая теперь поставлена очень плохо, слѣдуетъ считаться тоже съ постояннымъ населеніемъ. Можетъ быть лучше всего окажется принципъ двойного исчисленія — постояннаго населенія для мелкихъ районовъ и наличнаго населенія (однодневная перепись) въ цѣлой губерніи. **А. Е. Лосицкій** указываетъ, что П. А. Вихляевъ въ данномъ случаѣ развиваетъ земскую точку зрѣнія — врядъ ли онъ признаетъ взгляды докладчика, поскольку дѣло идетъ о всероссійской переписи. Европейская практика знаетъ: а) наличное, б) постоянное и в) юридическое населеніе, но теперь отъ этой тройной регистраціи начинаютъ отказываться и на Западѣ.

Въ отвѣтъ на сдѣланныя ему возраженія, **докладчикъ** привелъ слѣдующія соображенія. Прежде всего слѣдуетъ признать, что съ отрицательнымъ отношеніемъ къ принципу самосчисленія согласны всѣ. Вопросъ о переходѣ отъ исчисленія наличнаго къ исчисленію постояннаго населенія несомнѣнно очень труденъ и требуетъ серьезнаго обсужденія — въ этомъ докладчикъ вполнѣ согласенъ съ В. И. Анисимовымъ. Но въ общемъ выслушанныя имъ возраженія мало его убѣдили. Устанавливая осѣдлое населеніе, надо исходить изъ мнѣнія самихъ заинтересованныхъ лицъ. Слѣдуетъ обсудить, какъ считать лицъ, не имѣющихъ опредѣленнаго жилища; для обитателей ночлежныхъ домовъ необходима, конечно, наличная перепись. Значительныя трудности разработки заключается между, прочимъ, въ томъ, что желательно сравнить зимній приливъ въ городъ съ зимнимъ отливомъ изъ деревень. Соображенія сравнимости съ другими переписями имѣютъ существенное значеніе, но не рѣшающее. Разъ вопросъ о переходѣ къ исчисленію постояннаго насе-

Digitized by Google

ленія въ принципѣ рѣшенъ, когда-нибудь переходить надо. И эта тенденція — тенденція къ исчисленію осѣдлаго населенія — несомнѣнно существуетъ на Западѣ (Германія). Докладчикъ считаетъ, что и въ самыхъ возраженіяхъ до извѣстной степени слышатся доводы въ его пользу. Разъ учетъ постояннаго населенія, по словамъ П. А. Вихляева, важенъ земству, то, значитъ, онъ и вообще важенъ. Послать счетчиковъ куда нибудь далеко нельзя на 2—3 дня; но вполнѣ возможно на 4—6 недѣль. Затѣмъ вѣдь собственно всякая перепись включаетъ въ себя вопросы о характерѣ производства въ домашней промышленности. Докладчикъ не имѣетъ въ виду рѣшать, кто будетъ производить перепись предпріятій. Важно, чтобы по окончаніи основной переписи были выдѣлены владѣльцы предпріятій для производства дальнѣйшаго обслѣдованія.

Резюме Предсѣдателя сводилось къ тому, что вопросъ о переходѣ къ учету постояннаго населенія несомнѣнно очень сложенъ и требуетъ спеціальнаго разсмотрѣнія. Будетъ вполнѣ умѣстно, поэтому, согласно предложенію В. И. Анисимова, передать его въ Статистическое Отдѣленіе Общества, предложивъ Отдѣленію обсудить вопросъ объ учетѣ осѣдлаго населенія.

Въ заключеніе доклада Предсѣдатель предложилъ собранію выразить сердечную благодарность докладчику, пріѣхавшему изъ С.-Петербурга спеціально для сообщенія въ Чупровскомъ Обществѣ.

II. Состоялись выборы въ Президіумъ Секціи Соціальной Политики. Оказались выбранными.

въ Предсѣдатели Секціи: **В. Я. Желѣзновъ**

въ Товарищи Предсѣдателя: **М. Д. Загряцковъ**

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*

Секретарь *И. Пѣтуховъ.*

Засѣданіе 31 октября 1913 года.

Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ.**

Присутствовало 18 членовъ Общества.

Заслушанъ докладъ **О. А. Шкапскаго** «Организація воднаго хозяйства въ Туркестанѣ».

Послѣ доклада **О. А. Шкапскаго** послѣдовали пренія, въ которыхъ приняли участіе: **З. С. Каценеленбаумъ, Н. П. Огановскій, В. И. Анисимовъ, Н. Г. Пѣтуховъ,** кн. **Д. И. Шаховской, Н. А. Кременецкій.** Сущность преній сводилась къ слѣдующему:

З. С. Каценеленбаумъ отмѣтилъ свое полное согласіе съ духомъ доклада, въ частности съ тѣмъ, что, привлекая частную предпріимчивость, не слѣдуетъ слишкомъ дорого платить за нее; нельзя ее оплачивать также ни правомъ собственности на воду, ни правомъ собственности на землю. Есть крупная разница между положеніемъ дѣла въ Америкѣ и положеніемъ дѣла въ Россіи. Тамъ сильно развита частная предпріимчивость и много капиталовъ; тамъ въ оросительномъ дѣлѣ капиталы довольствуются умѣренной прибылью — у насъ за эти капиталы приходится платить до 100%. Не лучше ли поэтому присоединиться къ раздающимся за послѣднее время голосамъ о выпускѣ спеціальнаго займа для орошенія. Оппонентъ не вполнѣ согласенъ съ общими юридическими принципами докладчика. Принципъ вер-

Digitized by Google

ховнаго распоряженія водами со стороны Государства въ общемъ прогрессивенъ и отвѣчаетъ новѣйшему Западно-Европейскому законодательству. Не приходится особенно увлекаться обычнымъ правомъ; оно создалось въ то время, к гда воды было достаточно, чего теперь уже нѣтъ. Обычное право приводитъ къ постояннымъ спорамъ, коллизіямъ и тяжбамъ, особенно между владѣльцами по верхнему и нижнему теченію. Докладчикъ правъ — нельзя становиться на узко-національностическую точку зрѣнія. Но разъ имѣется въ виду расширить площадь орошенныхъ земель, то вполнѣ возможно и колонизированіе. Здѣсь опять-таки обычное право можетъ оказаться недостаточнымъ. Въ докладѣ, между прочимъ, докладчикъ не касается важнаго вопроса о водныхъ товариществахъ.

Н. П. Огановскій замѣтилъ, что въ докладѣ кроется извѣстное противорѣчіе — между основнымъ выводомъ о необходимости исходить изъ обычнаго права при конструкціи воднаго закона и приводимыми докладчикомъ данными о томъ, что это право сейчасъ ломается подъ вліяніемъ новыхъ факторовъ — роста населенія и развитія рыночныхъ культуръ. Эти факторы индивидуализируютъ, разслаиваютъ хозяйство и создаютъ антагонизмъ интересовъ въ водопользованіи. Разрушается общинная форма водопользованія, превалирующая въ обычномъ правѣ. Отсюда вытекаетъ необходимость вмѣшательства высшей центральной власти, т.-е. нормировка отношеній водопользованія со стороны закона и государства.

В. И. Анисимовъ рекомендовалъ не относиться только отрицательно къ частной предпріимчивости. Правда, за нее не слѣдуетъ платить слишкомъ дорого, но, съ другой стороны, частная предпріимчивость позволитъ не возлагать всѣхъ расходовъ окрайнъ на центральныя губерніи, которыя иначе будутъ нести всю тяжесть налоговъ по государственному устройству этихъ окрайнъ.

Н. Г. Пѣтуховъ указалъ на то, что, говоря объ орошеніи Туркестана, слѣдовало бы принять во вниманіе во многихъ отношеніяхъ сходную съ нимъ Индію и дѣятельность въ ней Англійскаго правительства. Докладчикъ не упомянулъ объ одномъ очень сложномъ вопросѣ Туркестана — о вопросѣ перехода правъ на пользованіе водою съ переходомъ правъ на собственность землею. Говоря о народныхъ судахъ, докладчикъ, повидимому, имѣлъ въ виду главнымъ образомъ Фергану и долину Заравшана; на сѣверѣ Туркестана, въ Сыръ-Дарьинской области народный судъ врядъ ли могъ бы разбирать дѣла, гдѣ одной стороной — и очень часто — являются русскіе переселенцы. Докладчикъ оперируетъ все время съ понятіемъ общенародной собственности на воду, но въ то же время очень большую роль отводитъ вмѣшательству государства. Имѣетъ ли тогда смыслъ возставать противъ формулировки о переходѣ водъ въ «верховное распоряженіе» государства?

Кн. Д. И. Шаховской просилъ разъясненія по вопросамъ воднаго суда и водныхъ товариществъ; по первому вопросу — каковы тѣ низшія инстанціи по правительственному законопроекту, которыя разбираютъ спорныя дѣла по водопользованію; по второму — какъ относится докладчикъ къ финансовой сторонѣ этихъ водныхъ товариществъ. Предполагаетъ ли онъ, что товарищества будутъ имѣть право облагать обязательными платежами своихъ членовъ, и какъ должны быть разграничены расходы товариществъ и болѣе крупныхъ единицъ — государственнаго и земельнаго типа? Напримѣръ, на комъ должно лежать устройство водохранилищъ и другихъ болѣе крупныхъ сооруженій; должно ли пользованіе ими быть безплатно или платное? Кромѣ того, оппонентъ желалъ бы получить справку, насколько можно въ настоя-

Digitized by Google

щее время считать дифференцированнымъ населеніе Туркестана, т.-е. много ли въ немъ хозяйствъ съ наемнымъ трудомъ и до какихъ размѣровъ доходитъ использованіе этого труда.

И. А. Кременецкій сомнѣвается въ цѣлесообразности организаціи особаго воднаго самоуправленія. Самоуправленіе предполагаетъ, вѣдь, извѣстный комплексъ мѣстныхъ нуждъ, а не одну водную потребность, выборное начало и извѣстную долю самостоятельности. Цѣлесообразно ли, кромѣ того, въ административномъ отношеніи создавать самоуправленіе по водной нуждѣ на ряду съ сельскимъ управленіемъ, образовывать много управленій на мѣстахъ? Да и русское сельское и волостное управленіе не являются самоуправленіями въ настоящемъ смыслѣ слова. Чтобы быть самоуправленіемъ, имъ не достаетъ всесословности. Сельскія и волостныя управленія у насъ сословныя управленія.

Докладчикъ въ возраженіе оппонентамъ представилъ слѣдующія соображенія. Говоря о частной предпріимчивости, онъ имѣлъ въ виду нѣкоторые современные проекты. Единственная подходящая форма частной предпріимчивости казалась ему та форма, которая практикуется въ штатѣ Айдаго. Самъ лично докладчикъ всего болѣе бы склонялся къ ирригаціоннымъ сооруженіямъ на земскій и государственный счетъ (Проектъ ирригаціоннаго капитала при Совѣтѣ Туркестанскаго генералъ-губернатора). Конечно центръ не долженъ нести налоговъ въ пользу окраинъ. Докладчикъ благодаритъ за юридическія указанія — онъ не юристъ и, если и возставалъ противъ верховнаго распоряженія водою со стороны государства, то имѣлъ главнымъ образомъ въ виду злоупотребленія съ землею киргизъ. Вопросъ о водныхъ товариществахъ имъ вообще не затронутъ; говоря о водномъ самоуправленіи, онъ главнымъ образомъ протестовалъ противъ механическаго (напр. числового) объединенія. Докладчикъ благодаритъ за указаніе о народномъ судѣ — дѣйствительно имъ упущенъ серьезный вопросъ о русскихъ переселенцахъ. Вопросъ о самообложеніи сводится къ тому, что, конечно, мелкія и крупныя единицы должны, какъ онѣ и сейчасъ это дѣлаютъ, распредѣлять повинности между своими членами. Согласно желанію кн. Д. И. Шаховского, докладчикъ приводитъ рядъ цифровыхъ матеріаловъ о хозяйственномъ строѣ Туркестана.

Послѣ преній Предсѣдатель Общества предложилъ выразить докладчику сердечную благодарность и за прочитанный имъ докладъ, и за его готовность спеціально ради доклада пріѣхать въ Москву.

Предсѣдатель *Н. Каблуковъ.*

Секретарь *Н. Пѣтуховъ.*

Примѣчаніе. Секретаріатъ Общества проситъ Членовъ Общества въ цѣляхъ болѣе подробной и точной передачи возраженій письменно формулировать ихъ во время засѣданія и передавать секретарю, ведущему журналъ засѣданія.

Digitized by Google

Продолжается подписка на 1913—1914 годъ

НА ЖУРНАЛЪ

ЮРИДИЧЕСКАЯ БИБЛІОГРАФІЯ

ИЗДАВАЕМЫЙ

ДЕМИДОВСКИМЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ЛИЦЕЕМЪ

(СЕДЬМОЙ ГОДЪ ИЗДАНІЯ).

Подписной годъ начинается **1 іюня 1913 г.** и заканчивается **31 мая 1914 года, «Юридическая Библіографія» въ седьмомъ году** своего изданія будетъ выходить попрежнему пять разъ въ годъ въ двухмѣсячные промежутки, за исключеніемъ лѣтняго каникулярнаго времени, въ объемѣ **не менѣе трехъ печатныхъ** листовъ для каждаго выпуска. **Подписная цѣна** въ годъ съ пересылкою и доставкою **2** руб. Отдѣльные выпуски **«Юридической Библіографіи»** продаются по **40** коп., двойные по **80** коп.

Подписка на «Юридическую Библіографію» принимается въ **г. Ярославлѣ** въ **конторѣ редакціи «Юридической Библіографіи».** Всегда имѣются на складѣ отдѣльные выпуски **«Юридической Библіографіи»,** какъ вновь выходящіе, такъ и за старые годы, въ Москвѣ — въ книжномъ магазинѣ «Правовѣдѣніе» (Никольская, д. № 9) и въ книжномъ магазинѣ товарищества «Н. П. Карбасниковъ» (Моховая, д. № 24, противъ университета) и въ Петербургѣ — въ юридическомъ книжномъ складѣ «Право» (Литейный пр., 28).

Программа «Юридической Библіографіи»: 1) отзывы о вновь выходящихъ книгахъ и журнальныхъ статьяхъ по юридическимъ наукамъ, по политической экономіи, статистикѣ и соціологіи, 2) критическіе образы литературы по извѣстной наукѣ или ея отдѣлу или частному вопросу, 3) перечень вновь выходящихъ по юриспруденціи и по политико-экономическимъ наукамъ книгъ, брошюръ и журнальныхъ статей, 4) академическая лѣтопись, гдѣ помѣщаются свѣдѣнія объ академической жизни и некрологи выдающихся ученыхъ юристовъ.

Въ вышедшихъ съ 1907 года до сего времени нумерахъ **«Юридической Библіографіи»** были помѣщены рецензіи и замѣтки слѣдующихъ лицъ:

З. Д. Авалова, П. М. Богаевскаго, А. А. Борового, А. Н. Бѣликова, С. Б. Веселовскаго, А. М. Винавера, С. И. Викторскаго, А. Э. Вормса, П. П. Гензеля, М. Н. Гернета, П. В. Гидулянова, Д. С. Глаголева, Н. Н. Голубева, Г. В. Демченко, А. И. Елистратова, А. А. Жилина, А. В. Завадскаго, Ф. Ф. Зигеля, И. О. Зубова, И. А. Ильина, Н. А. Каблукова, К. Кадлеца, гр. Л. А. Камаровскаго, Б. А. Кистяковскаго, Ѳ. Ѳ. Кокошкина, бар. С. А. Корфа, С. А. Котляревскаго, П. С. Кравцова, В. А. Краснокутскаго, І. М. Кулишера, С. Кутржеба, Ѳ. И. Леонтовича, П. И. Люблинскаго, В. Ѳ. Матвѣева, А. Н. Миклашевскаго, П. Е. Михайлова, В. Н. Мышцына, Э. Я. Немировскаго, Н. Я. Новомберскаго, И. Х. Озерова, Р. М. Орженцкаго, Н. И. Паліенко, М. Я. Пергамента, И. Н. Покровскаго, С. П. Покровскаго, А. А. Рождественскаго, С. Е. Сабинина, А. Р. Свирщевскаго, В. И. Серебровскаго, В. И. Синайскаго, Е. Д. Синицкаго, Е. В. Спекторскаго, Н. С. Суворова, И. К. Сухоплюева, Б. И. Сыромятникова, Ѳ. В. Тарановскаго, бар. М. А. Таубе, Л. Я. Таубера, В. Н. Твердохлѣбова, Г. Г. Тельберга, В. И. Тиктина, И. Н. Трепицина, В. А. Удинцева, Г. С. Фельдштейна, М. С. Фельдштейна, А. Н. Филиппова, А. Ф. Фортунатова, Б. Н. Фрезе, бар. А. Л. Фрейтага-Лорингговена, М. И. Фридмана, В. М. Хвостова, Д. А. Червонецкаго, И. И. Чистякова, М. П. Чубинскаго, Н. Н. Шапошникова, В. Шесана, В. Н. Ширяева, А. В. Шмидта, С. А. Шумакова, В. Г. Щеглова, Т. М. Яблочкова, А. С. Ященко.

Въ **«Юридической Библіографіи»** помѣщаются за особую плату объявленія о вновь выходящихъ книгахъ и другія извѣстія книжнаго рынка. Присылаемыя въ редакцію книги своевременно отмѣчаются въ журналѣ и, по мѣрѣ возможности, рецензируются.

Издатель: **Демидовскій Юридическій Лицей.**

Digitized by Google

Открыта подписка на 1914 годъ

Еженедѣльный журналъ

„ВѢСТНИКЪ ПРАВА“

(ранѣе именовавшійся «Вѣстникъ права и Нотаріата»)

Органъ Адвокатуры, Нотаріата, Суда.

VI г. изданія. **издается въ Москвѣ** **VI г. изданія.**

и выходитъ каждое воскресенье.

при ближайшемъ участіи; **члена Моск. Окр. Суда П. И. Астрова, И. С. Вольмана, проф. А. Э. Вормса, проф. М. Н. Гернета, Н. К. Муравьева, С. П. Ордынскаго, бывш. прив.-доц. Н. Н. Полянскаго, прив.-доц. В. М. Устинова и И. С. Урысона.**

Въ журналѣ принимаютъ участіе нижеслѣдующія лица:

Прив.-доц. Н. Н. Авиновъ, А. Э. Бардзкій, Б. В. Блюменфельдъ, А. И. Бутовскій, С. А. Бѣляцкинъ, А. Винаверъ, И. Вонсикъ, И. С. Вольманъ, быв. прив.-доц. М. Н. Гернетъ, В. М. Герцманъ. А. С. Гиршбандтъ, С. А. Гуревичъ, О. О. Грузенбергъ, бывш. прив.-доц. Н. В. Давыдовъ, А. Долматовскій, Н. Н. Ждановъ, В. В. Исаченко, Д. А. Іонасъ, Н. С. Каринскій, прив.-доц. И. А. Кистяковскій, проф. С. А. Котляревскій, А. А. Левашкевичъ, М. А. Левицкій, П. И. Люблинскій, В. А. Маклаковъ, П. Н. Малянтовичъ, М. А. Мебель, Д. М. Мейчикъ, С. П. Мельгуновъ, членъ Моск. Суд. Пал. Ф. И. Мержинскій, С. Моносзонъ, А. Я. Немеровскій, В. Новиковъ, С. П. Ордынскій, А. Н. Орловъ, А. Н. Паренаго, Л. Н. Переверзевъ, А. И. Пересъ, проф. А. А. Покровскій, А. Ю. Рапопортъ, В. А. Розенбергъ, І. С. Розенталь, Л. Л. Розенталь, А. С. Тагеръ, Л. Я. Тауберъ, Н. В. Тесленко, О. С. Урысонъ, М. Л. Успенскій, В. М. Устиновъ, Б. С. Утевскій, М. С. Фельдштейнъ, Е. А. Флейшицъ, проф. В. М. Хвостовъ, А. А. Чиколини, И. С. Штейнбергъ, Е. М. Эпштейнъ, проф. Т. Яблочковъ и др. Нотаріусы: И. А. Алякритскій, К. О. Бахманъ, С. Г. Громачевскій, М. М. Казмичевъ, А. Я. Мацкевичъ, Г. Л. Мачаваріяни, Н. З. Могучій-Евцихевичъ, Н. Ф. Сабуровъ, П. И. Трамбицкій, И. И. Траустель, А. В. Урусовъ, А. Н. Чага, Ф. П. Штранихъ, А. Ф. Якубовскій и друг.

Съ января 1914 года форматъ и объемъ журнала будутъ значительно увеличены и всѣ годовые подписчики независимо отъ обычныхъ приложеній (см. ниже) получатъ безъ всякой доплаты Сборникъ новыхъ узаконеній, вышедшихъ въ 1914 году

Журналъ является органомъ юристовъ-практиковъ — адвокатовъ, нотаріусовъ и судей — и ставитъ себѣ цѣлью освѣщеніе вопросовъ текущаго законодательства, судебной, административной и нотаріальной практики.

Въ журналѣ заведенъ постоянный отдѣлъ «Изъ жизни адвокатуры», въ которомъ отмѣчаются всѣ событія въ жизни русской адвокатуры, даются періодическіе обзоры дѣятельности совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ и комиссій помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ и другихъ организацій русской адвокатуры.

Всѣ годовые подписчики (и подписчики въ разсрочку) получаютъ безплатно НА ВЫБОРЪ: по абонементу № 1: Рѣшенія гражданскаго и уголовнаго кассаціонныхъ департаментовъ. Прав. Сената и общаго собранія за 1913 г., по мѣрѣ выхода офиціальнаго изданія, или по абонементу № 2: алфавитный указатель лицъ, объявленныхъ неправоспособными и ограниченіе правоспособности коихъ прекращено съ января 1913 г. Подписчики по любому абонементу могутъ получать всѣ приложенія, означенныя въ другомъ абонементѣ, за дополнительную плату **2** руб.

Подписная цѣна съ доставкой и пересылкой: на годъ — **7** руб., на полгода — **3** руб. **50** коп.

Адресъ конторы и редакціи: Москва, Новослободская, Тихвинскій пер., д. 9. Телефонъ 255-90.

Городское отдѣленіе конторы: Москва, Никольская 9, книжный магазинъ «Правовѣдѣніе».

С.-Петербургское отдѣленіе конторы: книжный складъ И. Л. Головчинера, Броницкая ул., д. № 12, кв. 6.

Подписка принимается также въ канцеляріяхъ совѣтовъ присяжныхъ повѣренныхъ въ Москвѣ (Кремль, зданіе судебныхъ установленій), С.-Петербургѣ (Литейный, зданіе окружнаго суда) и въ Харьковѣ (Скобелевская пл., зданіе суда).

Digitized by Google

ОТКРЫТА ПОДПИСКА НА 1914 ГОДЪ

II-й годъ изданія.

на журналъ

II-й годъ изданія.

ВѢСТНИКЪ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА,

издаваемый **М. М. Винавером**ъ

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ

проф. **Д. Д. Гримма**, проф. **В. Б. Ельяшевича**,
проф. бар. **А. Э. Нольде**, проф. **М. Я. Пергамента**
и проф. **І. А. Покровскаго.**

Въ 1914 году будетъ законченъ печатаніемъ, **въ видѣ безплатнаго приложенія,** Проектъ книги V Гражданскаго Уложенія (Обязательственное Право), внесенный, 16 октября 1913 г. въ Государственную Думу. **Новые подписчики получатъ вышедшіе въ 1913 году листы Проекта — безплатно.**

Журналъ выходитъ ежемѣсячно, за исключеніемъ іюня, іюля, августа и сентября, книжками объемомъ **около 10 листовъ** каждая.

Подписная цѣна 5 руб. въ годъ.

Допускается разсрочка: **3** руб. при подпискѣ и **2** руб. къ 1-му мая.

Адресъ конторы: С.-Петербургъ, Литейный пр., 28, книжный складъ «Право», телефонъ 41-61.

Адресъ редакціи: С.-Петербургъ, Захарьевская, 25, кв. 14, тел. 522-50.

ВЫШЛА ВЪ СВѢТЪ НОВАЯ КНИГА

Проф. Т. М. Яблочковъ.

ПРАКТИЧЕСКІЙ КОММЕНТАРІЙ на У. Г. С.

Т. I. Основы гражд. процесса (ст. 1—28).

1. Тексты законовъ. 2. Литература. 3. Основные принципы сенатской практики. 4. Замѣчанія составителя.

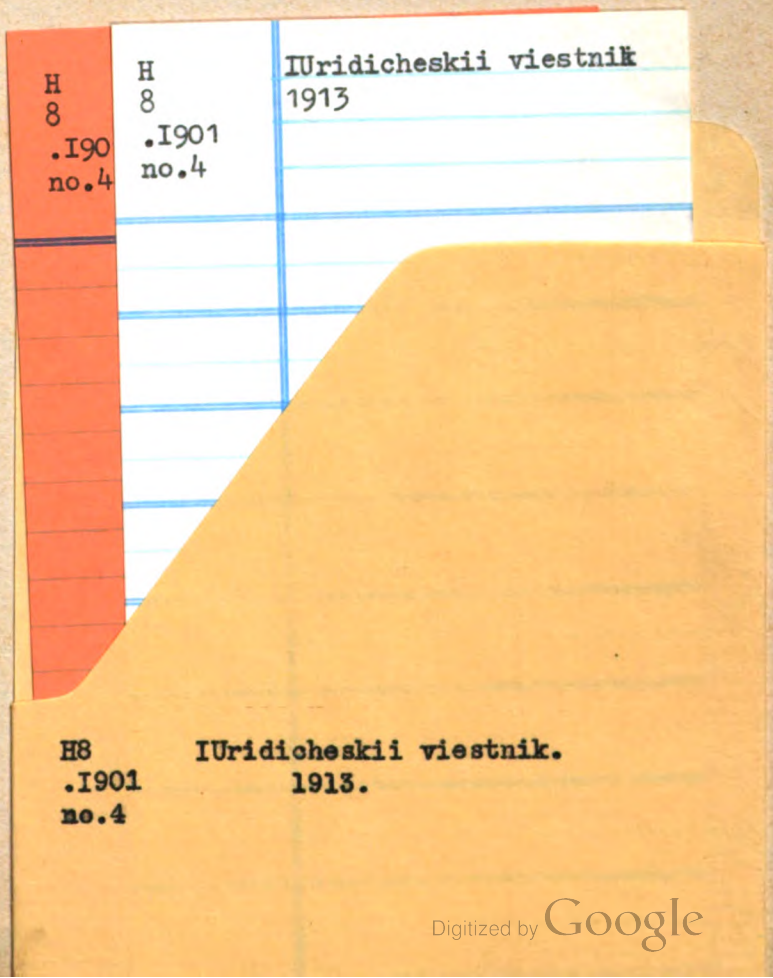
Съ алфавитнымъ указателемъ.

Цѣна 2 руб. 85 коп.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

UNIVERSITY OF CHICAGO
097 923 752

Digitized by Google